



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La Regulación Doméstica en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

Los países en desarrollo en el marco del AGCS y sus disciplinas sobre la reglamentación nacional

Claudia Gladys Manrique Carpio

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



DEPARTAMENTO DE DERECHO Y ECONOMÍA INTERNACIONALES

Programa de Doctorado de Derecho y Ciencia Política

Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

LA REGULACIÓN DOMÉSTICA EN EL ACUERDO GENERAL SOBRE EL COMERCIO DE SERVICIOS

**LOS PAÍSES EN DESARROLLO EN EL MARCO DEL AGCS Y SUS DISCIPLINAS
SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL**

Tesis Presentada para optar al título de Doctora en Derecho por

Claudia Gladys Manrique Carpio

Dirigida por

Prof. Dr. Xavier Fernández Pons

Barcelona 2015

A mis padres
y a Tobias

AGRADECIMIENTOS

Los primeros pensamientos de esta tesis doctoral van dirigidas a cada una de las personas gracias a las cuales esta investigación se ha realizado. Muchas gracias por su apoyo personal y profesional, por su aprecio, confianza, ideas, recomendaciones y críticas, cada una de ellas forman parte de este trabajo.

En primer lugar a mi director de tesis Dr. Xavier Fernández Pons, por guiarme a través del conocimiento del Derecho Internacional Económico y en las diferentes etapas de esta investigación, ha estado presente siempre y cada una de sus aportaciones y consejos han hecho madurar y mejorar este trabajo. Él ha sabido sacar lo mejor de mí con sus acertadas reflexiones.

Mi gratitud a todos los miembros del Área de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona, en especial a mis compañeros, amigos y profesores del Departamento de Derecho y Economía Internacionales, quienes desde que empecé con la tesis me han mostrado su apoyo y constante interés tanto en el tema de estudio como en los resultados.

Gracias a la Dra. Ana Badia Martí y la Dra. Laura Huici Sancho por creer en mí y valorar mi trabajo profesional y académico, ellas han atendido a mis inquietudes y me han dado la oportunidad de formar parte del equipo del Master en Estudios Internacionales, esta experiencia me ha motivado a continuar en el camino de la investigación en el área internacional. Al Dr Jordi Bonet Perez, por su orientación en mi formación académica y en mi carrera profesional durante estos años.

Asimismo muchas gracias a la Organización Mundial de Comercio donde tuve la oportunidad de realizar parte de mi investigación como parte del PhD Internship Program, en particular a Carlo Gamberale, Aik Hoe Lim por las reuniones que hemos mantenido sobre el Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Nacional de la OMC. A los representantes de la Misión del Perú para las Organización Internacional en Ginebra por darme un lugar en la misión y permitirme recoger experiencia práctica representando al Perú en las negociaciones sobre Servicios en la OMC.

Muchas gracias también a los integrantes de Graduate Institute (HEI), del Developing Areas Research Network de la Universidad de Newcastle, del Centre d'Études Juridiques Européennes de la Universidad de Ginebra, por el tiempo que se han tomado para comentar varios aspectos de la tesis. Al Lauterpacht Centre for International Law de la Universidad de Cambridge por acogerme en estos últimos meses de mi tesis doctoral.

Finalmente mi agradecimiento al Ministerio de Educación y Ciencias y la Universidad de Barcelona por la beca pre-doctoral y el contrato de FPI que me permitió financiar la primera parte de la investigación.

ÍNDICE

ÍNDICE	i
RESUMEN.....	ix
ABSTRACT.....	xi
RESUM.....	xiii
ABREVIATURAS.....	xv
INTRODUCCIÓN.....	1
I. RELEVANCIA DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN.....	1
II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO	3
III. OBJETIVOS	4
Objetivo general.....	4
Objetivos específicos	5
IV. METODOLOGÍA.....	6
V. SISTEMÁTICA.....	7
CAPÍTULO PRIMERO: EL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS Y SU RELACIÓN CON LOS PED	11
I. LOS SERVICIOS EN EL CONTEXTO DE LA LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL.....	13
A. Cambios en el paradigma conceptual de los servicios.....	13
1. La evolución en la definición de los servicios.....	13
2. Las características diferenciadoras de los servicios en el contexto internacional	20
3. Los problemas en la clasificación y estadísticas de los servicios	24
B. La liberalización del comercio internacional de servicios.....	33
1. Factores que favorecieron la internacionalización y liberalización del comercio internacional de servicios.....	33
a. Transformaciones tecnológicas y económicas	33
b. Contribuciones doctrinales sobre las formas en que se puede realizar el comercio internacional de servicios	35

c. La teoría del libre comercio en el ámbito del comercio de servicios.....	38
2. La liberalización del comercio internacional de servicios y los instrumentos legales internacionales	40
II. LA IMPORTANCIA Y LOS RETOS ACTUALES DEL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS	49
A. La expansión de los servicios y el comercio internacional de servicios	49
1. La situación del comercio internacional de servicios	52
2. El comercio internacional de los servicios comerciales por categorías	57
B. La participación de los PED en el comercio internacional de servicios	62
1. El comercio internacional de servicios en los PED por regiones	67
2. El comercio internacional de servicios en los PED por categorías de los servicios comerciales	72
III. EL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS Y LOS PED DESDE LA PERSPECTIVA DEL DESARROLLO	76
A. Comercio de servicios y desarrollo entendido como “crecimiento económico”	77
B. El comercio internacional de servicios y el desarrollo humano.....	84
1. El desarrollo humano y el comercio internacional.....	84
2. El comercio internacional de servicios y desarrollo humano	90
C. Posibles beneficios y riesgos de la liberalización del comercio internacional de servicios en los PED	98

CAPITULO SEGUNDO: LA REGULACIÓN Y EL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS

107

I. ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA REGULACIÓN: DIVERSIDAD DE APROXIMACIONES Y FUNDAMENTOS E INSTRUMENTOS.....	107
A. La diversidad en los significados y definiciones de la regulación	107
B. Fundamentos de la regulación económica	115
1. La teoría del interés público de la regulación	116
a. Justificaciones basadas en intereses económicos.....	117
i. Bienes públicos.....	118
ii. Monopolio natural	119
iii. Externalidades o efectos externos.....	120
iv. Mercados incompletos.....	120
v. Problemas de información deficiente	121
vi. Conductas anticompetitivas	123
vii. Costes de información y transacción	123
viii. Problemas de racionalización y coordinación:	124
ix. Problemas de selección adversa y riesgo moral.	124
x. Equidad, metas macroeconómicas.....	124

b.	Justificaciones no económicas para la regulación de interés público.....	125
2.	La teoría del interés privado de la regulación.....	126
C.	Instrumentos usados en la regulación económica y la regulación social.....	128
1.	Instrumentos regulatorios o técnicas de la regulación social.....	129
2.	Instrumentos regulatorios o técnicas de la regulación económica.....	133
II.	LA RELACIÓN ENTRE POLÍTICA REGULATORIA Y COMERCIO INTERNACIONAL.....	136
A.	La política regulatoria, la buena gobernanza y la gobernanza regulatoria.....	137
1.	La política regulatoria.....	137
2.	La buena gobernanza.....	139
3.	La gobernanza regulatoria.....	142
B.	Fases del desarrollo de la política regulatoria: de la desregulación a la gobernanza regulatoria.....	144
1.	Primera fase: desregulación regulatoria.....	145
2.	Segunda fase: la reforma regulatoria y la calidad regulatoria.....	146
3.	Tercera fase: hacia una gobernanza regulatoria holística.....	151
a.	Conjunción de una buena gobernanza y de una calidad regulatoria.....	153
b.	El reforzamiento de la coordinación y cooperación internacional en materia de regulación.....	155
C.	La relación entre calidad regulatoria y la liberalización del comercio internacional.....	156
1.	La incidencia de liberalización del comercio en la regulación.....	159
2.	La incidencia de la regulación en la liberalización del comercio.....	162
III.	LA REGULACIÓN NACIONAL COMO BARRERA AL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS.....	167
A.	La regulación doméstica en el sector de servicios.....	168
1.	Los fundamentos de la regulación doméstica en el sector de servicios.....	169
2.	Los instrumentos de regulación en el sector de servicios.....	173
a.	Los controles de entrada en los servicios.....	174
b.	Normas técnicas o normas de conducta obligatorias.....	178
c.	Obligaciones de información.....	180
d.	Derecho de la competencia, propiedad pública y control de precios.....	180
3.	La regulación de los servicios públicos.....	181
B.	La regulación doméstica como barrera del comercio internacional de servicios.....	190
1.	Barreras al comercio de servicios: naturaleza y tipología.....	191
a.	Naturaleza de las barreras al comercio de servicios.....	191
b.	Clasificación o tipología.....	198
2.	Barreras al comercio de servicios y los PED.....	206
a.	Barreras al comercio de servicios en los marcos regulatorios de los PED.....	206

b. Barreras al comercio de servicios que afectan especialmente a los PED	208
--	-----

CAPÍTULO TERCERO: EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL AGCS Y LOS PAÍSES EN DESARROLLO

215

I. ANTECEDENTES: LA PARTICIPACIÓN DE LOS PED EN LA CONCLUSIÓN DEL AGCS	220
A. Los PED antes la reunión de Punta del Este (1980–1986).....	222
B. Los PED en la Ronda Uruguay	228
II. EL AGCS “COMO MEDIO DE PROMOVER EL DESARROLLO DE LOS PED”.....	242
A. Alcance y ámbito de aplicación del AGCS.....	245
1. Medidas que afecten al comercio de servicios.....	245
2. Sectores cubiertos	250
3. Modos de suministro de servicios.....	252
a. Modo 1: suministro transfronterizo	253
b. Modo 2: consumo en el extranjero	254
c. Modo 3: presencia comercial.....	255
d. Modo 4: presencia de personas físicas.....	256
B. Obligaciones Generales y Específicas del AGCS	260
1. Obligaciones Generales del AGCS	261
a. Trato de la Nación Más Favorecida (NMF).....	261
b. Transparencia.....	268
c. Reglamentación Nacional.....	279
d. Otras obligaciones y disciplinas generales	281
i. Acuerdos de Integración Económica	282
ii. Reconocimiento Mutuo	286
iii. Monopolios y Proveedores Exclusivos de Servicios y Prácticas Comerciales Restrictivas	291
iv. Pagos y Transferencias y Restricciones para proteger la Balanza de Pagos	296
a. Medidas de Salvaguardia Urgentes, sobre Contratación Pública y sobre Subvenciones	299
b. Excepciones Generales y relativas a la Seguridad.....	304
2. Las Obligaciones Específicas del AGCS.....	311
a. Acceso al Mercado	311
b. Trato Nacional	320
c. Compromisos Adicionales.....	327
d. Compromisos Específicos	332
III. TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO EN EL AGCS PARA LOS PED	336
A. El Preámbulo del AGCS y el derecho a regular de los PED.....	342
B. Participación creciente de los PED y prioridad para los PMA	347

C. Otras disposiciones relacionadas con el trato especial y diferenciado.....	357
1. Flexibilidad para los PED y salvaguardias de sus intereses en los compromisos específicos.....	357
2. Otras disposiciones que salvaguardan los intereses de los PED, medidas y utilización de instrumentos de política.....	359
3. Asistencia Técnica.....	364
IV. EL AGCS Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	368

CAPÍTULO CUARTO: PRINCIPIOS VINCULADOS A LAS DISCIPLINAS SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL EN EL AGCS.....377

I. LOS PRINCIPIOS DEL AGCS Y LA GOBERNANZA REGULATORIA.....	379
A. Los principios del AGCS y su relación con las reglamentaciones nacionales.....	379
B. La gobernanza regulatoria en el AGCS.....	391
II. LOS PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN Y DEBIDO PROCESO EN EL RÉGIMEN LA OMC.....	397
A. Los principios de buena administración y debido proceso, elementos constitutivos.....	398
B. Los principios de buena administración y el debido proceso en el artículo X del GATT.....	409
III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD RÉGIMEN DE LA OMC.....	414
A. El principio de proporcionalidad, pruebas y elementos constitutivos.....	414
B. La proporcionalidad: análisis de la prueba de necesidad en los Acuerdos de la OMC.....	427
1. El principio de proporcionalidad en las disposiciones de excepción a una obligación.....	435
a. La prueba de “necesidad” en el art. XX del GATT.....	435
b. La prueba de necesidad y art. XIV del AGCS.....	451
2. El principio de proporcionalidad en las disposiciones que establecen una obligación.....	456
a. La prueba de necesidad y Acuerdo de OTC.....	457
i. Los objetivos legítimos de la medida: identificación, legitimidad y logro de los objetivos.....	459
ii. La necesidad del reglamento técnico para cumplir con el objetivo legítimo.....	464
b. La prueba de necesidad y el Acuerdo de MSF.....	475
i. La necesidad de la medida sanitaria y fitosanitaria: requisitos de la medida alternativa.....	477

CAPÍTULO QUINTO: LAS DISCIPLINAS SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL EN EL AGCS Y LOS PED	485
I. LAS DISCIPLINAS SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL DEL ART. VI DEL AGCS: ASPECTOS GENERALES	489
A. La relevancia del art. VI del AGCS sobre la reglamentación nacional.....	489
B. Consideraciones preliminares para el análisis de las disposiciones del art. VI del AGCS.....	493
1. Qué se entiende por “reglamentación nacional”	493
2. Reglamentaciones nacionales cubiertas.....	494
3. Contenido y clasificación de las disposiciones.....	495
II. OBLIGACIONES FORMALES DE GOBERNANZA REGULATORIA DEL AGCS	497
A. La buena administración de las medidas de aplicación general: Art. VI:1	498
1. El ámbito de aplicación y limitación a sectores en los cuales se hayan contraído o se contraigan compromisos específicos	499
2. El alcance de la obligación: medidas de aplicación general que afectan al comercio de servicios.....	500
3. La administración de la medida de aplicación general vs. el contenido sustantivo de la medida.....	503
4. Las características de debido proceso que se exigen de conformidad con el art. VI:1	509
a) La administración debe ser objetiva	512
b) La administración debe ser razonable.....	514
c) La administración debe ser imparcial	515
B. El debido proceso vinculado al funcionamiento de tribunales y procedimientos, imposición de remedios, y revisión de decisiones administrativas: Art. VI:2	517
C. La información relativa a la solicitud de autorización: Art. VI:3	524
D. Los procedimientos relacionados con la verificación de las competencias de los profesionales: Art. VI:6	529
III. OBLIGACIONES SUSTANTIVAS DE GOBERNANZA REGULATORIA DEL ART. VI	534
A. Las nuevas disciplinas para las reglamentaciones nacionales: Art. VI:4.....	535
1. El mandato del art. VI:4: crear disciplinas a fin de que las medidas cubiertas no constituyan obstáculos innecesarios al CIS	539
2. Requisitos de las futuras disciplinas en relación a los requerimientos exigidos a las reglamentaciones nacionales	552
a) Las medidas cubiertas deben basarse en criterios objetivos y transparentes: como “la competencia y la capacidad de suministrar el servicio”.....	554
i. El significado de “se basen en”	555

ii. El significado de criterio “objetivo y transparente”	557
iii. Los criterios objetivos en los que se basan las reglamentación nacionales	559
iv. Criterios transparentes en los que se basan las regulaciones nacionales.....	569
b) Las medidas cubiertas no deben ser “más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio”	575
i. El objetivo legítimo de la medida en relación al cual se valora si una medida es más gravosa de lo necesario	578
ii. El examen de la gravosidad de la medida: hacia una prueba de necesidad en las reglamentaciones nacionales que afectan al CIS	586
B. Aplicación provisional y limitada del art. VI:4: Art. VI:5.....	599

CAPÍTULO SEXTO: LAS NUEVAS DISCIPLINAS SOBRE REGLAMENTACIÓN NACIONAL DE SERVICIOS EN EL AGCS Y LA PERSPECTIVA DE LOS PED.....611

I. LAS NEGOCIACIONES DE LA RONDA DE DOHA PARA EL DESARROLLO Y LOS PED	612
A. Los PED relación a la Agenda de Acceso al Mercado	613
B. Los PED en relación a la Agenda sobre normas	623
1. Negociaciones sobre Salvaguardias Urgentes	624
2. Negociación sobre Subvenciones	634
3. Negociaciones sobre Contratación Pública	643
C. Las negociaciones sobre el marco de excepción para los PMA	652
II. LAS NEGOCIACIONES SOBRE NUEVAS DISCIPLINAS DE REGLAMENTACIÓN NACIONAL Y LOS PED	656
A. Antecedentes y fórmulas de negociación para la creación de las nuevas disciplinas de reglamentación nacional	656
1. Disciplinas en el sector de la contabilidad como modelo en las negociaciones del GTRN	656
2. Resultados adicionales del Grupo del Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales (GTSP)	661
3. Labor del GTRN, fases y método de negociación.....	664
a. Enfoque unificado de las negociaciones y la preponderancia de la perspectiva horizontal.....	665
b. Momentos y metodologías de la negociación del GTRN.....	668
B. Participación de los PED en la creación de las disciplinas sobre reglamentación nacional.....	675
1. Posiciones e intereses de los PED en las negociaciones del GTRN.....	675
2. Principales propuestas presentadas por los PED	676

a.	Propuesta de Colombia sobre los procedimientos para la adquisición de visas o permisos de entrada	679
b.	Propuestas de Bolivia, Chile, la India, México, el Pakistán y Tailandia y Perú sobre prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud ...	682
c.	Propuesta de Chile, Taipéi Chino, Corea, Hong Kong - China, Suiza, Tailandia y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu sobre la aplicación de las disciplinas en diferentes niveles	684
d.	Comunicación de México sobre su experiencia de en relación a las disciplinas aplicables a las normas técnicas y Comunicación de Suiza y México en disciplinas sobre las normas técnicas en materia de servicios	685
e.	Propuesta de del Brasil, Colombia, Filipinas, Indonesia, el Perú y la República Dominicana, conteniendo elementos de un proyecto de las disciplinas	686
f.	Propuesta de proyecto de texto de Australia; Chile; Colombia; Corea; Hong Kong, China; Nueva Zelandia y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu	688
g.	Propuestas de varios grupos de PED sobre la dimensión del desarrollo de las disciplinas.....	689
III.	LOS POSIBLES RESULTADOS Y ASPECTOS PENDIENTES PRIORITARIOS PARA LOS PED	690
A.	Extensión y naturaleza jurídica de las posibles disciplinas horizontales sobre reglamentación nacional	690
B.	Aspectos pendientes relevantes para los ped y alternativas para las nuevas disciplinas	695
1.	Derecho a regular y políticas de servicios universales	695
2.	Contenido de los tipos de medidas regulatorias disciplinadas	697
a.	Prescripciones en materia de licencias.....	698
b.	Prescripciones en materia de títulos de aptitud.....	700
c.	Procedimientos en materia de licencia.....	702
d.	Procedimientos en materia de títulos de aptitud	704
e.	Normas técnicas o estándares técnicos	705
3.	Transparencia y simplificación administrativa	709
4.	Prueba de necesidad o alternativas menos intrusivas en las políticas regulatorias.....	713
5.	Disposiciones sobre desarrollo	727
	CONCLUSIONES	729
	BIBLIOGRAFÍA	743

RESUMEN

La regulación doméstica tiene un impacto significativo en la creación y aplicación de políticas y objetivos nacionales y en la liberalización del Comercio Internacional de Servicios (CIS), en particular en los denominados Países en Desarrollo (PED). Las regulaciones nacionales no discriminatorias con objetivos legítimos pueden constituir barreras al CIS. Los PED están involucrados en esta coyuntura por la cada vez mayor importancia de los servicios en sus economías y su participación en el CIS y, por otro lado, es una prioridad mantener sus capacidades de política regulatoria. En este contexto, el objetivo de esta tesis es mejorar el entendimiento sobre la difícil relación entre el comercio internacional y la autonomía regulatoria, en la dimensión de los servicios, así como identificar las implicaciones normativas y sobre desarrollo en los PED. Para ello, el estudio se centra en la dimensión jurídica de este potencial conflicto mediante el análisis del AGCS. Se enfatiza en la comprensión e interpretación de los principios, disposiciones y herramientas relacionados con la reglamentación nacional y en las negociaciones sobre las futuras disciplinas de reglamentación nacional conforme al mandato del art. VI del AGCS. El análisis se sustenta en una interpretación basada en el método jurídico y auxiliado por la dimensión del desarrollo para la interpretación de los Acuerdos de la OMC.

Los ejes centrales de trabajo son: primero, el estudio de los principios de la OMC que se vinculan con la reglamentación nacional de los servicios en el AGCS. Éstos comprenden, por un lado, la buena administración y el debido proceso, que convergen en los denominados aspectos formales de la gobernanza regulatoria, y, por el otro, el principio de proporcionalidad que constituye el aspecto sustantivo de la gobernanza regulatoria y se materializa en la llamada prueba de necesidad. Segundo, el análisis del contenido jurídico del artículo VI del AGCS, desde su dimensión formal y sustantiva. El art. VI:4 es el que establece el mandato para crear las nuevas disciplinas sobre reglamentación nacional y presenta los elementos básicos respecto a los cuales se negocian las disciplinas, conformados por conceptos abstractos y de interpretación ambigua. Tercero, la valoración de los intereses y participación de los PED en las negociaciones la Ronda de Doha y en concreto en el marco del Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Nacional. Se identifican las posibles alternativas para alcanzar un consenso para un texto final de las nuevas disciplinas. Considerando los aspectos relevantes para los PED, dentro de ellos, el efectivo derecho a regular e implementar políticas vinculadas a los servicios universales, la aplicación de disciplinas sobre buena administración que ayuden a garantizar los intereses de exportación de los PED y la decisión sobre la inclusión o no de una prueba de necesidad o pruebas alternativas y la propuesta de su posible contenido técnico.

ABSTRACT

National regulation has a significant impact on the development and implementation of national policies and objectives and on the liberalization of International Trade in Services, particularly in the so-called developing countries. National regulations that are not protectionist and pursue legitimate objectives can constitute barriers to International Trade in Services. Developing countries are involved in this process by the growing importance of services in their economies and their participation in International Trade in Services and on the other hand, it is a priority for them to maintain their capacities in regulatory policy. In this context, the objective of this thesis is to improve the understanding of the difficult relationship between international trade and regulatory autonomy in the dimension of services and to identify the policy and development implications for developing countries. For this purpose, the study focuses on the legal dimension of this potential conflict by analyzing the GATS. Emphasis is placed on the understanding and interpretation of the principles, rules and tools related to national regulations and the negotiations on future disciplines on domestic regulation pursuant to the mandate of art. VI of the GATS. The analysis is based on an interpretation based on the legal method and aided by the development dimension to the interpretation of WTO agreements.

The central axes of work are: First, the study of the principles of the WTO that are linked to the national regulation of services in the GATS. They comprise, on the one hand, good governance and due process, which converge in the so-called formal aspects of regulatory governance, and on the other hand, the principle of proportionality that is the substantive aspect of regulatory governance and materializes in the so-called necessity test. Second, the analysis of the legal content of Article VI of the GATS, from the formal and substantive dimension. Art. VI: 4 is the one that sets the mandate to create the new disciplines on domestic regulation and presents the basic elements according to which the disciplines are negotiated, conformed by broad and abstract concepts. Third, the valuation of the interest and participation of developing countries in the negotiations of the Doha Development Round and in particular in the framework of the Working Party on Domestic Regulation. The possible alternatives to reach consensus on a final text of the new disciplines are identified considering aspects relevant to developing countries. Amongst them, the effective right to regulate and implement policies related to universal service, the application of disciplines on good administration to help safeguard the export interests of developing countries and the decision on the inclusion or not of a necessity test or alternative tests and their proposed possible technical content.

RESUM

La regulació nacional té un impacte significatiu en la creació i aplicació de polítiques i objectius nacionals i en la liberalització del Comerç Internacional de Serveis (CIS), en particular en els denominats Països en Desenvolupament (PED). Les regulacions nacionals no discriminatòries amb objectius legítims poden constituir barreres al CIS. Els PED estan involucrats en aquesta conjuntura per la cada vegada major importància dels serveis en les seves economies i la seva participació en el CIS i d'altra banda, és una prioritat mantenir les seves capacitats de política regulatòria. En aquest context, l'objectiu d'aquesta tesi és millorar l'enteniment sobre la difícil relació entre el comerç internacional i l'autonomia regulatòria, en la dimensió dels serveis, així com identificar les implicacions normatives i sobre desenvolupament en els PED. Per a això, l'estudi se centra en la dimensió jurídica d'aquest potencial conflicte mitjançant l'anàlisi de l'AGCS. S'emfatitza en la comprensió i interpretació dels principis, disposicions i eines relacionats amb la reglamentació nacional i en les negociacions sobre les futures disciplines de reglamentació nacional d'acord amb al mandat de l'art. VI de l'AGCS. L'anàlisi se sustenta en una interpretació basada en el mètode jurídic i auxiliat per la dimensió del desenvolupament per a la interpretació dels Acords de l'OMC.

Els eixos centrals de treball són: primer, l'estudi dels principis de l'OMC que es vinculen amb la reglamentació nacional dels serveis a l'AGCS. Aquests comprenen, d'una banda, la bona administració i el degut procés, que convergeixen en els denominats aspectes formals de la governança regulatòria, i, de l'altra, el principi de proporcionalitat que constitueix l'aspecte substantiu de la governança reguladora i es materialitza en l'anomenada prova de necessitat. Segon, l'anàlisi del contingut jurídic de l'article VI de l'AGCS, des de la seva dimensió formal i substantiva. L'art. VI:4 és el que estableix el mandat per crear les noves disciplines sobre reglamentació nacional i presenta els elements bàsics respecte als quals es negocien les disciplines, conformatos per conceptes abstractes i d'interpretació ambigua. Tercer, la valoració dels interessos i participació dels PED en les negociacions la Ronda de Doha i, en concret, en el marc del Grup de Treball sobre Reglamentació Nacional. S'identifiquen les possibles alternatives per a arribar a un consens per a un text final de les noves disciplines. Considerant els aspectes rellevants per als PED, dins d'ells, l'efectiu dret a regular i implementar polítiques vinculades als serveis universals, l'aplicació de disciplines sobre bona administració que ajudin a garantir els interessos d'exportació dels PED i la decisió sobre la inclusió o no d'una prova de necessitat o proves alternatives i la proposta del seu possible contingut tècnic.

ABREVIATURAS

ACP	Grupo Estados Africanos, del Caribe y el Pacífico
ACR	Acuerdo Comercial Regional
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio
AGCS	Acuerdo General
AIE	Acuerdo de Integración Económica
AL	América Latina
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
AM	Acceso al Mercado
ARM	Acuerdo de Reconocimiento Mutuo
AT	Asistencia Técnica
BM	Banco Mundial
CE	Comunidades Europeas
CI	Comercio Internacional
CIS	Comercio Internacional de Servicios
CP	Contratación Pública
CCS	Consejo del Comercio de Servicios
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DAG	Derecho Administrativo Global
ESD	Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GE	Grupo Especial
GTRN	Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Nacional
GTSP	Grupo de Trabajo sobre Servicios Profesionales
MEPC	Marine Environment Protection Committee
MSF	[Acuerdo sobre] Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
MSU	Mecanismo de Salvaguardias Urgentes
NMF	Nación Más Favorecida
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos
ODM	Objetivos del Milenio
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMT	Organización Mundial del Turismo
OOII	Organizaciones Internacionales
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
OTC	[Acuerdo sobre] Obstáculos Técnicos al Comercio
PDD	Programa de Doha para el Desarrollo

PMA	Países Menos Adelantados
PN	Prueba de Necesidad
PNE	Prueba de Necesidad Económica
RD	Ronda de Doha
RIA	Análisis de Impacto Regulatorio (<i>Regulatory Impact Analysis</i>)
RU	Ronda Uruguay
SIEG	Servicios de Interés Económico General
SIG	Servicios de Interés General
SMC	[Acuerdo sobre] Subvenciones y Medidas Compensatorias
TLC	Tratado de Libre Comercio
TED	Trato Especial y Diferenciado
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TN	Trato Nacional
TNMF	Trato de la Nación Más Favorecida
TPJI	Tribunal Permanente de Justicia Internacional
UE	Unión Europea
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
WPDR	Working Party on Domestic Regulation
WPGR	Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS (<i>Working Party on GATS Rules</i>)
WPPS	Working Party on Professional Services
WTO	World Trade Organization

INTRODUCCIÓN

I. RELEVANCIA DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN

La relación entre la globalización, en particular la liberalización del comercio internacional, y la gobernanza interna de los Estados sigue siendo un aspecto central de debate. Según el profesor JACKSON¹, uno de los fenómenos que caracterizan al mundo contemporáneo globalizado y que impactan en la manera en que las normas jurídicas internacionales se aplican y operan es el reclamo que hacen las entidades gubernamentales sobre la pérdida de su “monopolio en el ejercicio interno del poder”. Dicho de otra forma, sus facultades gubernamentales o la “gobernanza interna” están con cada vez mayor frecuencia limitadas. En este sentido, se vienen desarrollando acuerdos internacionales y acciones de cooperación que limitan las facultades de los Estados en pro de otros objetivos o beneficios internacionales. En este escenario el régimen de la OMC tiene un papel significativo.

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) es el primer Acuerdo multilateral de vocación universal sobre los servicios y regula uno de los ámbitos económicos y comerciales más importantes y de más rápido crecimiento a nivel mundial, tanto en los denominados Países en Desarrollo (PED) como en los países desarrollados (PD). Constituye un paso importante hacia un comercio global de servicios más liberalizado, más predecible y transparente, el cual ha recibido comentarios y valoraciones diversas sobre su contenido e implicaciones. Un aspecto positivo es que el Acuerdo reconoce las características y necesidades especiales de los PED, tanto en su Preámbulo como en varias de sus disposiciones, en tanto que recientemente se ha acordado la posibilidad de aplicar un Tratamiento Especial y Diferenciado (TED) para los países menos adelantados (PMA)². Sin embargo, un problema importante para los Miembros y en particular para los PED es la dificultad en la comprensión de las disposiciones y mecanismos contenidos en el AGCS, ya que el contenido y la forma en que éstos han sido planteados son complejos³.

Como lo señala el Preámbulo del AGCS, la intención de los Miembros ha sido que este Acuerdo constituya el marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios.

¹ Vid. JACKSON, J. H., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Translated by SANTARELLI, N. C., ESPOSITO, C. Y BOUSAS, R., *Catedra Internacional OMC/Integración Regional*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009, p. 50.

² Vid. OMC, *Trato preferencial a los servicios y los proveedores de servicios de los países menos adelantados*, Decisión de la Conferencia Ministerial de Ginebra de 17 de diciembre de 2011, Doc. WT/L/847, 19 de diciembre 2011.

³ Sobre la compleja estructura vid. ADLUNG, R. Y MATTOO, A., "The GATS", en MATTO, A., STERN, R., et al. (eds.), *Handbook of International Trade in Services*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 49-82.

Creado “con miras a contribuir a la expansión de dicho comercio”, en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva y como “medio de promover” el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales, así como “el desarrollo de los países en desarrollo”.

Estos objetivos se complementan con otro elemento vertebral del AGCS que es el principio de la “autonomía regulatoria”, que se aplica mediante el reconocimiento de la facultad de los Miembros para regular el suministro de servicios. El Preámbulo señala en este sentido, “reconociendo el derecho de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional”. Además, esta facultad regulatoria cobra especial relevancia respecto a la prioridad de los PED de crear regulaciones de calidad que se orienten a satisfacer las necesidades de políticas públicas y las cuestiones de desarrollo de estos países. El AGCS reconoce también en su Preámbulo “la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho, dadas las asimetrías existentes en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones sobre servicios en los distintos países”⁴.

La regulación doméstica tiene un impacto significativo en la creación y aplicación de políticas y objetivos nacionales y en la liberalización del Comercio Internacional de Servicios (CIS), en particular en los PED. Las regulaciones nacionales no proteccionistas con objetivos legítimos pueden constituir barreras al CIS. Los PED están involucrados en esta coyuntura por la cada vez mayor importancia de los servicios en sus economías y su participación en el CIS y, por otro lado, es una prioridad mantener sus capacidades de política regulatoria, el llamado derecho a regular. Por su parte, el derecho de regular es uno de los principales principios que reconoce el AGCS⁵ y, sin perjuicio de ello, las regulaciones nacionales que afectan al CIS deben basarse también en los principios de transparencia, debido proceso en la administración de las medidas y buscar limitar lo menos posible el comercio de servicios. En este contexto, el principal reto del AGCS es diseñar normas que “no priven a los reguladores de su libertad para perseguir sus objetivos legítimos de política nacional”⁶, por lo que una parte de la doctrina ha adoptado una visión crítica de algunas de las disposiciones del AGCS y reconoce la complejidad de la interpretación del AGCS en relación con la regulación⁷.

⁴ Ver recital 4 del Preámbulo del AGCS.

⁵ Ver el Preámbulo del AGCS, se expresa el reconocimiento del derecho de los Miembros a regular en la prestación de servicios a fin de cumplir con sus objetivos de política nacional. En el caso *EEUU – Juegos de Azar* quedó claro que el AGCS no perjudica este derecho por ningún medio. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Medidas que Afectan al Suministro Transfronterizo de Servicios de Juegos de Azar y Apuestas*, (*Estados Unidos — Juegos de azar*), Doc. WT/DS285/R, 10 de noviembre de 2004, párr. 6.316.

⁶ *Vid.* MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank and Oxford University Press, 2003.

⁷ *Vid.* KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2003; KRAJEWSKI, M., "Playing by the Rules of the Game?", *Legal*

En relación a la importancia del tema para los PED, la mayoría están participando cada vez más activamente en el proceso de liberalización del comercio de servicios según los términos del AGCS. El objetivo principal de los PED en este proceso es incrementar su competitividad y mejorar sus economías, manteniendo al mismo tiempo una política pública y regulatoria interna coherente con las metas del desarrollo. Una de las preocupaciones centrales para los PED es justamente el desequilibrio existente entre los beneficios de la liberalización y los esfuerzos de adaptación normativa, institucional e instruccional que es requerida en este proceso. Existe además un amplio consenso en que la liberalización de servicios únicamente brindará reales oportunidades comerciales a los PED si se realizan acciones paralelas de implementación y asistencia. Un elemento clave para coadyuvar a lograr los potenciales beneficios de liberalización ajustada a las prioridades de los PED es la cooperación para lograr regulaciones domésticas relacionadas al comercio de servicios que sean de mejor calidad, ajustadas al debido proceso y eficientes. Un reto importante también es que las reglamentaciones domésticas no sean más restrictivas al comercio de lo necesario. Todo esto, en tanto que respeten la soberanía regulatoria de los Estados y su facultad de establecer e implementar sus objetivos de política pública. Esta regulación debe no sólo fomentar la liberalización y el acceso al mercado, sino también debe buscar la transparencia y coherencia con las políticas de desarrollo.

En este contexto, los Acuerdos de la OMC contienen, aunque de forma limitada, principios y obligaciones que orientan y en cierta medida demandan a los Estados formular regulaciones domésticas que cumplan no solamente con el requerimiento de no ser discriminatorias, sino también que sean necesarias para alcanzar sus fines, sensatas, de calidad, transparentes, ajustadas a los requisitos de debido proceso, entre otros, en su conjunto que cumplan con los criterios de una buena gobernanza regulatoria, disciplinas que están vinculadas especialmente con la administración de la regulación doméstica.

II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Este estudio, titulado “La regulación nacional en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios - Los Países en Desarrollo en el marco del AGCS y las disciplinas sobre la reglamentación nacional”, se enmarca dentro del ámbito del Derecho internacional económico, en particular bajo el Sistema Multilateral del Comercio. Su objeto es el análisis de las obligaciones del AGCS vinculadas con las regulaciones domésticas no discriminatorias, pero que potencialmente

issues of economic integration, vol. 32, 2005, pp. 417-447; PAUWELYN, J., "Rien ne va plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS", *World Trade Review*, vol. 4, no. 2, 2005, pp. 131-170; DELIMATIS, P., "Don't Gamble with GATS - The Interaction between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the US - Gambling Case", *Journal of World Trade*, no. 40, 2006, pp. 1059-1080, en pp. 1059-1060.

pueden restringir el CIS. Como se ha señalado, estas regulaciones pueden no ser necesarias para el objetivo que se persigue o no ajustarse a criterios de buena gobernanza regulatoria. Como se refleja con mayor detalle en los objetivos planteados y la sistemática, el contenido más específico del trabajo se enfoca en el análisis detallado del régimen jurídico del AGCS desde la perspectiva del AGCS, en los principios vinculados a las disciplinas sobre reglamentación nacional en el AGCS, al contenido e interpretación de las disciplinas sobre reglamentación nacional del AGCS contenidas en el artículo VI y las negociaciones sobre las nuevas disciplinas de reglamentación nacional derivadas del mandato del artículo VI:4. En el análisis se toman como referencia los intereses, preocupaciones y participaciones de los PED en estos regímenes y procesos normativos.

Esta materia es compleja, tanto en su contenido jurídico como en su interpretación jurisprudencial e implicaciones en la práctica regulatoria, los pocos estudios que se han realizado hasta la fecha sobre la reglamentación nacional del AGCS se han centrado en el alcance y aplicación de los principios del artículo VI. Esta investigación es novedosa en su enfoque amplio de la problemática que incluye la relación de los conceptos económicos y políticos con los principios del comercio internacional en el ámbito de la reglamentación nacional de servicios. También resalta por la transversalidad en sus objetivos, ya que realiza el estudio jurídico normativo desde la lente de los PED y aportando la visión de la práctica internacional al analizar del proceso de negociación actual sobre las nuevas disciplinas de reglamentación nacional.

III. OBJETIVOS

Objetivo general

El objetivo de esta tesis en términos amplios es mejorar el entendimiento sobre la difícil relación entre el régimen jurídico del comercio internacional de la OMC y la autonomía regulatoria, en la dimensión de los servicios, así como identificar las implicaciones normativas y sobre desarrollo en los PED. Para ello, el estudio se centra en la dimensión jurídica de este potencial conflicto mediante el análisis del contenido normativo del AGCS. Se enfatiza en la comprensión e interpretación de los principios, disposiciones y herramientas relacionados con la reglamentación nacional y en las negociaciones sobre las futuras disciplinas de reglamentación nacional conforme al mandato del artículo VI del AGCS.

En concreto busca explicar el fundamento, contenido e interpretación de las disposiciones previstas en AGCS sobre reglamentación nacional, vistos en el contexto general del objetivo del AGCS y bajo la perspectiva e intereses de desarrollo de los PED. Para este objetivo se toma en cuenta un reto esencial del AGCS que es lograr el equilibrio entre el objetivo de liberalización del CIS y el mantener la necesaria capacidad y autonomía en la regulación doméstica de los Miembros.

Objetivos específicos

Para lograr este objetivo general se han identificado los siguientes objetivos específicos que se han intentado cumplir en el desarrollo de argumental de la tesis:

1. Realizar una aproximación a la temática de los servicios y el comercio internacional de servicios (CIS) y los aspectos de interés para los PED desde el un enfoque teórico conceptual y evolutivo de los servicios y del CIS. Asimismo se revisa la expansión del CIS y su aporte a la economía, tanto en términos generales como en relación a la participación de los PED, a fin de entender la importancia del proceso de liberalización y de la necesidad de una adecuada regulación internacional del CIS.
2. Establecer los aspectos conceptuales y de política relevantes en la relación entre la regulación y el CIS, que constituyen base para el análisis consecutivo de la tesis. Este es un aspecto relevante para el objeto de estudio, en tanto que da las bases para entender el Acuerdo y el particular contenido de las disposiciones sobre reglamentación nacional del AGCS. También sitúa el contexto de la investigación, que es el debate general de la dicotomía entre regulación doméstica y liberalización del CIS o, visto desde otro enfoque, la creación de políticas e instrumentos reguladores que puedan ser útiles y coherentes con los potenciales beneficios del CIS.
3. Analizar del régimen jurídico del AGCS desde la perspectiva de los PED. En este contexto, se estudia el contenido del AGCS en relación a las regulaciones domésticas vinculadas con los servicios y la potencial confrontación entre el derecho a regular y las disposiciones del AGCS que se ocupan de la dimensión regulatoria de la medida. El estudio enfatiza en la perspectiva de los PED y en el AGCS como medio para promover el desarrollo de los PED, tal y como lo prevé el Preámbulo del Acuerdo. Para ello, y paralelamente al análisis jurídico del contenido de las disposiciones, este estudio aboga por un enfoque holístico de la interpretación del Acuerdo en el que se toman en cuenta las normas de derecho internacional aplicables. Para ello se identifican los elementos en los que se puede aplicar este enfoque y se enfatiza en el contenido y aplicabilidad de las disposiciones sobre el TED en el AGCS.
4. Estudiar los principios de la OMC que se vinculan con la reglamentación nacional de los servicios en el AGCS y determinar la transcendencia de los principios de buena administración y debido proceso así como del principio de proporcionalidad en la creación y aplicación de las normas de la OMC, a fin de usar las lecciones de su interpretación en el contexto del art. VI.
5. Determinar el contenido jurídico de las disposiciones contenidas en el artículo VI del AGCS, estableciendo con ello si el AGCS cumple con uno de sus principales retos que es si establece normas que no priven a los reguladores de su libertad para perseguir sus objetivos legítimos de política nacional, tomando en consideración la complejidad de los estándares que contiene en

relación a la regulación y los intereses de los PED. También, evaluar tangencialmente la incidencia para los PED de las disciplinas específicas sobre gobernanza regulatoria analizadas en esta disposición. También se considera la relación del artículo VI con la aplicación de disposiciones que se orientan hacia la llamada “integración negativa más extensiva”.

6. Valorar de los intereses y participación de los PED en las negociaciones la Ronda de Doha y en concreto en el marco del Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Nacional (GTRN). En base al análisis de los debates realizados y en particular las propuestas de los PED, establecer el potencial resultado de las negociaciones y las recomendaciones para alcanzar un texto final consensuado de las disciplinas sobre reglamentación nacional del AGCS.

IV. METODOLOGÍA

La metodología principal de esta investigación se basa en el “método jurídico” en particular el positivismo jurídico, así el estudio se ocupa de analizar el contenido de la norma jurídica internacional para entender su significado y alcance, haciendo uso de las fuentes propias del derecho internacional y en particular del derecho internacional económico. En el análisis del AGCS y en particular de las disposiciones sobre reglamentación nacional se han seguido en lo posible las reglas de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Se ha tenido en cuenta especialmente, además del sentido corriente de los términos, el contexto y toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, a fin de buscar una interpretación holística.

Estas dos últimas herramientas interpretativas han sido especialmente útiles para la interpretación de conceptos y términos de contenido impreciso y que no han sido objeto de decisiones emanadas de los órganos resolutorios de la OMC, que es el caso del contenido del artículo VI, en particular los estándares de transparencia, buena administración, calidad de los servicios. En el caso del principio de necesidad y proporcionalidad, se ha hecho referencia a la jurisprudencia del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC en los Acuerdos OTC, MSF, GATT y el AGCS.

Esta metodología se ha complementado con el uso de la llamada “*development dimension to the interpretation*”⁸, para la interpretación de los Acuerdos de la OMC que es usada para facilitar el objetivo de desarrollo. Se trataría de un enfoque holístico de la interpretación del tratado, considerando el objeto y fin especialmente. Si bien se debe tomar en consideración, como señala FERNÁNDEZ PONS, que el recurso a la interpretación teleológica por parte de los órganos

⁸ Vid. QURESHI, A. H., "Interpreting WTO agreements for the Development Objective", *Journal of World Trade Law*, vol. 37, no. 5, 2003, pp. 847-882.

resolutorios de la OMC ha sido más bien “prudente” y “cauteloso”⁹. Esta situación ha recibido críticas como la realizada por QURESHI quien alude a la necesidad de dar mayor atención a la dimensión del desarrollo en la interpretación de los Acuerdos de la OMC. Afirmando que es necesaria la rehabilitación del enfoque teleológico para la dimensión del desarrollo. También se ha procurado atender, al tratar algunos aspectos de la tesis, a aproximaciones propias del análisis económico del derecho, desde su enfoque positivo que intenta buscar las relaciones causa-efecto¹⁰. En particular, en el estudio de las disposiciones del artículo VI y las disciplinas sobre reglamentación nacional que se están negociando en virtud del VI:4, a fin de determinar si son adecuadas en el marco del AGCS y qué interpretación podría darles el OSD. Considerando que incluyen conceptos y principios ambiguos, de integración negativa más extensiva poco usuales en los acuerdos de la OMC y que potencialmente pueden afectar a la autonomía regulatoria de los Miembros. Se analiza la “causa” que es la necesidad de establecer, a nivel del derecho de la OMC, ciertos principios de buena administración, debido proceso y proporcionalidad (necesidad) en la administración de las regulaciones de servicios. En relación al posible “efecto”, que es el posible excesivo impacto en la autonomía regulatoria de los Miembros, particularmente en los PED.

V. SISTEMÁTICA

La tesis se ha estructurado en seis capítulos, los cuáles siguen el orden progresivo que va desde los aspectos conceptuales y socio-políticos generales y referenciales de la investigación hasta los aspectos centrales del objeto de estudio. Partiendo del análisis del régimen jurídico del AGCS considerando la perspectiva de los PED y abordando luego los aspectos centrales de la investigación.

El **Capítulo Primero** incluye el marco conceptual de los servicios en el contexto evolutivo de la liberalización del CIS y la constatación de su gran importancia socio-económica, en particular en los PED. Esto se completa con el estudio de la dimensión del desarrollo humano en relación al CIS. El primer apartado versa sobre los servicios en el contexto de la liberalización, primero en relación al paradigma conceptual de los servicios analiza tres aspectos relevantes para entender el concepto y la naturaleza de los servicios en el contexto internacional. Son la definición de los

⁹ Para un análisis de las tendencias en la aplicación de una interpretación teleológica del OSD, *vid.* FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho Internacional: Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional General*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2009, pp. 223–227.

¹⁰ El “enfoque positivo del análisis económico del derecho intenta buscar las relaciones “causa - efecto” que permitan establecer las pautas jurídicas para la aplicación de las normas o la interpretación que se dará a estas normas. Permite determinar por ejemplo si en un ámbito de regulación es mejor que se regule a nivel internacional o que se mantenga a nivel estatal.

servicios estudiada en su evolución; las características diferenciadoras de los servicios en el contexto internacional; y las cuestiones de clasificaciones y falta de estadísticas. Luego se ocupa de la liberalización del CIS, se destaca la importancia de las diferentes formas en que puede generarse una transacción internacional de servicios mediante un estudio de las diversas aportaciones doctrinales. En segundo lugar, revisa los instrumentos jurídicos internacionales que se aplican en el proceso de liberalización del CIS. El segundo apartado de este capítulo se centra en la importancia y retos actuales del CIS, mediante una revisión de las estadísticas sobre el CIS, donde resalta la expansión generalizada del sector y el cada vez mayor crecimiento de los PED y en concreto su participación por regiones y categorías. El tercer apartado aborda el estudio del CIS con un enfoque de las ciencias sociales y en concreto desde la teoría del desarrollo. Sin entrar a valorar esta perspectiva, se hace un acercamiento a la relación del CIS con el desarrollo entendido como crecimiento económico y a su relación con el denominado desarrollo humano. El apartado cierra con la identificación de los posibles beneficios y riesgos de la liberalización del CIS en los PED.

El **Capítulo Segundo** revisa en el primer apartado la teoría de la regulación junto con el fundamento económico y no económico de las regulaciones y los tipos de instrumentos, según se trate de la llamada regulación social o regulación económica. El segundo apartado analiza la relación entre política regulatoria y comercio internacional, en especial cómo la regulación desde un enfoque instrumentalista, vista como un proceso, conlleva cambios de estrategias en la agenda internacional, que se enfocan en la llamada gobernanza regulatoria. Un elemento central del estudio es la revisión de las distintas fases del desarrollo de la política regulatoria y se resalta la fase actual del enfoque integrado de la regulación, orientado por la aplicación de criterios amplios de política pública y buen gobierno; así como la búsqueda de una eficiente gobernanza regulatoria. El último punto examina la relación entre la regulación de calidad y el comercio internacional considerando las interacciones entre ambos. El tercer apartado constituye el estudio de la regulación nacional entendida como una barrera al CIS. Se empieza con la delimitación y caracterización de las regulaciones aplicadas en el sector de servicios y se hace una especial referencia a la regulación de los servicios públicos. En la segunda parte se estudian las particularidades de las regulaciones como barreras al comercio de servicios y el alcance de las barreras en los PED.

El **Capítulo Tercero** incluye en el primer apartado el estudio de los antecedentes de la creación del AGCS, enfocado en los intereses y participación de los PED en las negociaciones para su conclusión. El segundo apartado comprende el análisis de los principales elementos del AGCS, su alcance en general y el de sus disposiciones generales y específicas como medio para promover el crecimiento y desarrollo de los PED. El estudio refleja la complejidad del régimen en la búsqueda para equilibrar sus elementos vertebrales, que son la liberalización del CIS y el respeto del principio de la autonomía regulatoria de los Miembros. El tercer apartado analiza los principios

y disciplinas sobre el TED para los PED y el posible impacto en su política regulatoria. El último apartado intenta capturar el debate sobre el alcance del AGCS en relación a los servicios públicos.

El **Capítulo Cuarto** realiza en el primer apartado un análisis relacional de los principales principios de liberalización del comercio respecto a las tres generaciones de obligaciones en el marco del AGCS, a fin de valorar el alcance del artículo VI. Esto se completa abordando la interacción de estos principios del AGCS con el concepto de gobernanza regulatoria. En el segundo y tercer apartado de desarrollan en concreto los principios de buena administración y debido proceso y el principio de proporcionalidad. Se parte de los aspectos conceptuales, elementos constitutivos y enfoques en el ámbito de derecho internacional y posteriormente se analiza la interpretación de estos principios en diferentes Acuerdos de la OMC, a fin de estimar su aplicación en el contexto del artículo VI del AGCS. Es de especial relevancia el análisis realizado del principio de proporcionalidad en el régimen de la OMC, que comprende el estudio de la prueba de necesidad en el régimen del artículo XX del GATT, del artículo XIV del AGCS y también en el contexto del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio y del Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

El **Capítulo Quinto** divide el estudio en tres apartados, en el primero se realiza una aproximación a la importancia y contenido de las disciplinas sobre reglamentación nacional plasmadas en el artículo VI del AGCS, destacando su importancia en el régimen del comercio internacional. El segundo y el tercer apartado de la investigación se ocupan del contenido jurídico de las disposiciones del artículo VI. En los distintos apartados se revisa el contenido jurídico de estos preceptos del AGCS, así como su posible interpretación por los órganos resolutorios y, de ser el caso, su relevancia en las nuevas disciplinas de reglamentación nacional. De manera transversal se considera la relevancia de estas disposiciones para los PED en relación a sus intereses en el sector de servicios y sus necesidades de política regulatoria. Es especialmente relevante el artículo VI:4, mediante el cual se dispone el inicio de negociaciones para la creación de nuevas disciplinas de reglamentación nacional. Los Miembros, bajo el mandato de esta disposición, tienen previsto acordar el establecimiento de requisitos vinculantes mínimos respecto a su marco regulatorio, en lo referido a licencias, titulaciones y normas técnicas. El segundo apartado se ocupa de revisar las obligaciones formales o procesales relacionadas con la reglamentación nacional, que se encuentran en los párrafos VI:1, VI:2, VI:3 y VI:6 del AGCS, las cuales están esencialmente relacionadas con los principios de buena administración y debido proceso. En sentido amplio, estas obligaciones se desprenden también del principio de transparencia. El tercer apartado se ocupa de revisar las obligaciones sustantivas relacionadas con la reglamentación nacional, que se encuentran en los párrafos VI:4 y VI:5 del AGCS. El artículo VI:4 es una obligación que establece el mandato para crear las nuevas disciplinas sobre reglamentación nacional y presenta los elementos básicos respecto a los cuales se negocian las disciplinas, conformados por conceptos abstractos y de

interpretación amplia y el artículo VI:5 es una obligación de carácter provisional para la aplicación de los criterios del artículo VI:4.

En el **Capítulo Sexto**, en el primer apartado analiza el contenido de las negociaciones del AGCS, su avance y principales retos, desde el lente de los intereses y participación de los PED y a fin de entender este proceso en el contexto más específico de las negociaciones del artículo VI sobre reglamentación nacional. Se consideran las negociaciones sobre acceso al mercado, agenda sobre normas, creación de disciplinas sobre medidas de salvaguardia urgentes, contratación pública y subvenciones y las negociaciones para el Marco de Excepción para los PMA. El segundo apartado versa sobre el desarrollo de la negociación del GTRN, presenta los aspectos generales de las negociaciones sobre nuevas disciplinas de reglamentación nacional y los intereses y perspectivas de los PED. Para ello, primero se explican los antecedentes de las negociaciones y los resultados del Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales (GTSP), luego se analizan las fases y métodos de negociación en los distintos momentos de las negociaciones. En segundo lugar se perfilan las posiciones y participación de los principales negociadores dentro del grupo de PED y se exponen las principales propuestas presentadas por los PED y los principales elementos del debate. El tercer apartado se centra en los posibles resultados de las disciplinas y los aspectos pendientes en las negociaciones que constituyen prioridades de los PED y en las alternativas para el texto final de las disciplinas. Se identifican los intereses específicos de los PED Miembros en la creación de las nuevas disciplinas, en los cuales no se ha alcanzado aún un consenso, como son el derecho a regular e implementar políticas vinculadas a los servicios universales, las disciplinas sobre una buena administración que ayudan a garantizar los intereses de exportación y la prueba de necesidad o pruebas alternativas así como una propuesta de su posible contenido técnico.

CAPÍTULO PRIMERO:

EL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS Y SU RELACIÓN CON LOS PED

Este primer capítulo realiza una aproximación a la temática de los servicios y el comercio internacional de los servicios (CIS) y los aspectos de interés para los Países en Desarrollo (PED) desde un enfoque teórico conceptual y evolutivo de los servicios y del comercio internacional de servicios. Asimismo se revisa la expansión en y aporte del CIS a la economía, tanto en términos generales como en relación a la participación de los PED, a fin de entender la importancia del proceso de liberalización y de la necesidad de una adecuada regulación internacional del CIS.

Los servicios parecen a primera vista fácilmente identificables, sin embargo, un acercamiento al contexto donde se desarrollan los servicios muestra la ambigüedad y dificultad para su definición. Los servicios incluyen un amplio rango de actividades, que pueden ser identificadas y clasificadas de diversa forma. Actualmente no existe una definición consensuada de servicios, sin embargo y como se verá en detalle más adelante, se han identificado sus características principales y los servicios han sido llevados en una amplia manera al área del comercio internacional.

En este contexto, el primer apartado versa sobre los servicios en el contexto de la liberalización y primero en relación al paradigma conceptual de los servicios analiza tres aspectos relevantes para entender el concepto y naturaleza de los servicios en el contexto internacional. Son la definición de los servicios estudiada en su evolución, las características diferenciadoras de los servicios en el contexto internacional y las cuestiones de clasificaciones y falta de estadísticas.

Luego se ocupa de la liberalización del CIS, se destaca la importancia de las diferentes formas en que puede generarse una transacción internacional de servicios mediante un estudio de las diversas aportaciones doctrinales. Para ello el estudio se enfoca en primer lugar en tres contribuciones especialmente relevantes para la internacionalización y apertura del CIS, que son las transformaciones tecnológicas y económicas generadas a partir de los años setenta, las contribuciones doctrinales sobre las formas en que puede realizarse el CIS y finalmente, más en concreto, la referencia a la perspectiva de la teoría del libre comercio en el ámbito del comercio de servicios. En segundo lugar se revisan los instrumentos jurídicos internacionales que se aplican en el proceso de liberalización de los servicios.

El segundo apartado de este capítulo se centra en la importancia y retos actuales del CIS mediante una revisión de los datos sobre su evolución y situación actual así como la situación del comercio por categorías. Se resalta la expansión del CIS en relación a los PED.

El tercer apartado aborda el estudio del CIS con un enfoque de las ciencias sociales y más en concreto desde la teoría del desarrollo, sin entrar a valorar esta perspectiva se hace una diferenciación entre el CIS y su relación con el desarrollo entendido como crecimiento económico y bajo la teoría del desarrollo humano. El apartado cierra con la identificación de los posibles beneficios y riesgos de la liberalización del CIS en los PED.

I. LOS SERVICIOS EN EL CONTEXTO DE LA LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL

A. Cambios en el paradigma conceptual de los servicios

1. La evolución en la definición de los servicios

A pesar que la importancia de los servicios en el proceso económico era ya evidente desde hace muchos años, los servicios figuraban de una forma mínima en la doctrina sobre el desarrollo y el crecimiento económico y sólo recientemente han sido considerados en la literatura del comercio internacional (CI)¹. Esto está relacionado con el hecho de que tradicionalmente, y hasta los años setenta, los servicios fueron considerados, esencialmente, como difícilmente comercializables a nivel internacional. La definición tradicional señalaba que las actividades de servicios eran únicamente aquellas que no producen o modifican materialmente ni permanentemente a los bienes.

Los cambios de paradigmas tradicionales en la concepción de los servicios en muchos casos han sido impulsados por los cambios y los nuevos retos del comercio mundial que se han puesto de manifiesto en la creación de políticas comerciales. Por otro lado, las nuevas ideas sobre el concepto de servicios dieron sustento, implícitamente, a las posiciones de los gobiernos para la formulación del marco regulador internacional del comercio de servicios y para el impulso de la liberalización del comercio².

En el ámbito de la regulación del comercio internacional de servicios, es especialmente importante contar con un fundamento teórico suficientemente consensuado y claro, ya que los

¹ HOEKMAN, B., "Liberalizing Trade in Services: A Survey", *World Bank Policy Research*, DEVELOPMENT RESEARCH GROUP (DECRG) Y CENTRE FOR ECONOMIC POLICY RESEARCH (CEPR) (eds.), Working Paper No. 4030, October 1, Washington D.C., WORLD BANK, 2006, p. 2.

² BHAGWATI, J. N., "Trade in Services and the Multilateral Trade Negotiations", *World Bank Economic Review*, vol. 1, no. 4, 1987, pp. 549-569, en p. 551.

temas son complejos y los objetivos gubernamentales muchas veces no se pueden delinear claramente. Efectivamente, un cierto consenso en la discusión de una definición del comercio en los servicios para los propósitos del marco del comercio internacional, determinó la inclusión de ciertas modalidades de servicios en el contexto del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)³.

A continuación se realiza un estudio sobre la evolución del concepto y el debate de las características de los servicios a fin de entender e identificar el contenido de los mismos en el sistema multilateral del comercio.

Los servicios son considerados convencionalmente como el sector terciario de la economía⁴ y desde los orígenes de la economía moderna, el sector de los servicios fue calificado como residual y definido de forma negativa, es decir, consistía en todo lo que no era agricultura o industria. La definición clásica se limitaba en este sentido a resaltar las diferencias que tenían con los bienes y presentar la idea dominante de que los servicios no eran actividades productivas en sí mismas. El carácter esencial de los servicios era su intangibilidad y por tanto la imposibilidad de ser almacenados; los servicios no podían ser intercambiados en transacciones posteriores como los bienes y por ende se consideraba que no contribuían entonces al bienestar de la nación⁵. SMITH⁶ en 1776 consideraba que los servicios eran actividades auxiliares que no eran productivas en sí mismas, ni contenían un valor independiente. Para él, su característica de perecederos era el problema real. Afirmaba que “ellos perecen en el exacto instante de su realización... raramente dejan cualquier valor detrás de ellos”⁷.

³ De aquí en adelante se usará la sigla oficial en castellano AGCS, para hacer referencia al Acuerdo sobre Comercio de Servicios, Anexo 1B del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC. *Vid.* OMC, "The result of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations", Cambridge, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2007, 13ra edición, p. 286-319.

⁴ La tradicional división de las actividades económicas es: sector primario que constituye la producción de bienes directamente de los recursos naturales, el sector secundario que es la modificación de los bienes materiales en el sector terciario que son las actividades que no producen o modifican bienes materiales. Los autores clásicos dan varias características a cada uno de los sectores y esta división es ahora la base para la información estadística en el mundo. Existe un debate sobre si la clasificación de estos tres sectores es la adecuada ya que los límites de las categorías están borrosas, especialmente si se considera la heterogeneidad del sector servicios. Para un estudio clásico sobre los sectores económicos y la posición de los servicios, *Vid.* FISHER, A. G. B., *The Clash of Progress and Security*, London, McMillan, 1935 y CLARK, C., *The Conditions of Economic Progress*, London, McMillan, 1940. Ver también ILLERIS, S., "The nature of services", en BRYSON, J. R. Y DANIELS, P. W. (eds.), *The handbook of service industries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007, pp. 19-33, en pp. 21-22.

⁵ Para un análisis detallado de las diferencias entre bienes y servicios ver HILL, T. P., "On Goods and Services", *Review of Income and Wealth*, vol. 24, no. 4, 1977, pp. 317-318; FUCHS, V. R., "The services economy", National Bureau of Economic research (NBER), New York, 1968.

⁶ *Vid.* SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 2nd ed., vol. 1, London, Strahan and T. Caddell, 1778, p. 430.

⁷ *Ibid.*, p. 315. "The labour of some of the most respectable orders in the society is, like that of menial servants, unproductive of any value, and does not fix or realize itself in any permanent subject, or vendible commodity, which endures after that labour is past, and for which an equal quantity of labour could

La idea general era que los trabajos vinculados con los servicios no tenían valor en la producción y constituían una forma menos deseable de trabajo. De manera interesante apunta FEKETEKUTY que es sorprendente que una gran proporción de la población continúe creyendo que el trabajo en servicios es menos deseable, aún más, cuando más de la mitad de la fuerza de trabajo tiene trabajos vinculados a los servicios y virtualmente cada trabajador de fábrica espera que él o su descendiente tenga un trabajo de mayor status profesional en una oficina, en vez que en la planta de una fábrica⁸. Bajo este mismo orden de ideas, MARX continuó con la distinción entre la labor productiva e improductiva pero él se ubicó en el contexto de un análisis del valor del circuito, en el cual el poder del trabajo de los trabajadores y no los servicios determinaba el valor. John Stuart MILL, en 1848, expresó ya un punto de vista distinto y señaló que la educación y la prestación médicos tenían un efecto favorable sobre los productores y por tanto, indirectamente en la producción. La duración de este efecto parecía más importante para él que el aspecto inmaterial de los servicios.

La consideración de actividad no productiva de los servicios desapareció con el desarrollo de la perspectiva neoclásica, pero fue en los años setenta cuando el sector de los servicios emergió como un sector de crecimiento y se empezaron a realizar estudios sobre su naturaleza. Los argumentos que consideraban a los servicios como un sector productivo se fueron multiplicando y hoy en día muy difícilmente alguien puede negar la productividad de los servicios y su importancia en la economía mundial.

Se han realizado varios intentos para alcanzar una definición positiva sobre los servicios, es decir, menos enfocada en la diferencia con los bienes y más bien basada en su productividad y comerciabilidad. La mayoría de estas definiciones enfocan la producción de servicios como la relación entre los productores de servicios y los usuarios (médico-paciente, vendedor-comprador, consultor-cliente, profesor-alumno). Un punto de partida para el cambio en la interpretación de la naturaleza y el rol de los servicios en la economía fue dado por BELL en 1967, quien identificó la llamada etapa de la sociedad post-industrial⁹.

afterwards be procured. In the same class must be ranked, some both of the gravest and most important, and some of the most frivolous professions: churchmen, lawyers, physicians, men of letters of all kinds; players, buffoons, musicians, opera singers, opera dancers.... Like the declamation of the actor, the harangue of the orator, or the tune of the musician, the work of all of them perishes in the very instant of its production... Both productive and unproductive labourers, and those who do not labour at all, are all equally maintained by the annual produce of the land and labour of the country. This produce, how great so ever, can never be infinite, but must have certain limits."

⁸ Vid. FEKETEKUTY, G., *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for negotiations*, American Enterprise Institute Trade in Services Series, Cambridge, American Enterprise Institute, Ballinger, 1988, en capítulo IV "The changing perception of services, Why services have been considered unproductive".

⁹ Vid. BELL, D., "Notes on the Post-Industrial Society (I y II)", *Public Interest*, vol. 6 y 7, no. Winter y Spring, 1967, pp. 24-35 y 102-118. Describió el rol crucial de la información en la economía moderna y la

Entre los pocos estudios iniciales de los servicios como comercializables y que intentaron darles una definición de carácter más positivo que residual destacan los de BAUMOL y FUCHS, quienes realizaron explicaciones sobre la participación de los servicios en la adquisición de riqueza de los países¹⁰. FUCHS apuntó la frecuente necesidad de la producción conjunta por el proveedor de los servicios y el usuario, de manera que el cliente tome un papel activo en el proceso de producción del servicio.

Cabe resaltar entre los innovadores del concepto a HILL, quien en 1977 dio una temprana definición positiva la cual es ampliamente reconocida, define a los servicios sin compararlos con los bienes y dándoles importancia propia en la producción. Señala que el servicio es “el cambio que experimenta una persona o un bien perteneciente a alguna unidad económica, por efecto de la actividad desarrollada por otra unidad económica, previa aprobación de la primera persona o unidad económica”¹¹. Se ilustra este concepto con el ejemplo del transporte de bienes, reparaciones, limpieza, corte de cabello y cuidado dental, entre otras. Esta definición ayuda a abordar los problemas asociados con la intangibilidad de los servicios. Así, al centrar la atención en el cambio se evita caracterizar el servicio como intangible.

Se distingue entre la producción de un servicio y su resultado; el resultado de una actividad de servicio es el cambio que experimentan las condiciones de la persona o del bien en cuestión y es diferente del proceso de producción del servicio, que es la actividad que afecta a la persona o a los bienes pertenecientes a una unidad económica. HILL enfatizó en el hecho que, si bien el proceso de producción de muchos servicios es transitorio, esto no debe considerarse como un indicio de que también lo sea el resultado de esa actividad. Se centró en que los productores no pueden acumular stocks o inventariar servicios, resaltando que los servicios deben ser consumidos cuando ellos son producidos. Consecuentemente, como señalaba HIRSCH¹², los servicios tienen como característica el requerimiento de interacción entre productores y consumidores.

Una crítica a la definición de HILL es que no incluye algunos servicios dedicados a impedir el cambio, como son los servicios de seguridad social y la medicina preventiva. Además, es difícil establecer para algunos servicios el vínculo entre el servicio suministrado y el cambio en la condición del consumidor, como por ejemplo en las pólizas de seguro. También existen algunos servicios no transables en el mercado como la defensa nacional y los servicios de orden público; respecto de los cuales no se cumple la condición de libre participación en la transacción celebrada,

importancia creciente del trabajo asociado con la producción, procesamiento, análisis y distribución de la información.

¹⁰ Vid. BAUMOL, W., "Macroeconomics of Unbalanced Growth", *American Economics Review*, vol. 57, 1967, pp. 415-426; FUCHS, V. R., "The services economy", *op. cit.*

¹¹ Vid. HILL, T. P., "On Goods and Services", *op. cit.*, p. 317-318.

¹² Vid. HIRSCH, S., "Services and Service Intensity in International Trade", *Weltwirtschaftliches Archiv*, no. 125, 1989, pp. 45-60.

a menos que se introduzca el concepto de contrato social¹³. GADREY argumentó en el 2000 que hay muchos servicios que tienen poca o ninguna relación entre proveedores y usuarios¹⁴. Adicionalmente, el hecho que la definición de HILL se relacione solamente al proceso y no al resultado, es para él otra razón para rechazarla. También expresa la limitación del elemento central de la definición de HILL (cambio de condición) al que él prefiere llamar la utilidad (*useful long term effect*), y observa que muchos proveedores de servicios no tienen dicho efecto, como por ejemplo los hoteles, servicios de venta al por menor, compañías de telecomunicación. GADREY por su parte, da una definición alternativa que incluye en una sub-categoría el “cambio de condiciones” o servicios de tipo intervención, mientras en otras categorías están los servicios que ofrecen provisión temporal de capacitación técnica, que es regularmente mantenida como los servicios de alojamiento, arrendamiento de autos y ventas de supermercado¹⁵. DE BANDT Y DIBIAGGIO en el 2002 realizaron una crítica respecto a la definición de los servicios señalando que “no es una buena idea definir a los servicios en esa manera [refiriéndose a la definición de HILL], en tanto que la coproducción se encuentra también en las actividades industriales y que la realización de servicios contribuye al desarrollo de la economía, solamente si ello implica una producción de un conocimiento más complejo, mediante la interacción de componentes complementarios”¹⁶.

A pesar de las críticas existentes a la definición clásica de servicios de HILL¹⁷ y la definición que suele usarse actualmente deriva en gran medida de la propuesta clásica. La definición actual señala a los servicios como aquella actividad económica que añade valor directamente a otra unidad económica o a un bien perteneciente a otra unidad económica¹⁸. El Sistema de Cuentas

¹³ Sobre este debate y adicionales sobre la naturaleza de los servicios y definiciones alternativas ver entre otros Vid. BHAGWATI, J. N., "Splintering and disembodiment of services and developing nations", *World Economy*, vol. 7, no. 2, 1984, pp. 133-144; NICOLAIDES, P., *Liberalizing Service Trade, Chatham House papers*, London, Routledge for Royal Institute of International, 1989; FEKETEKUTY, G., "Trade in Services - Bringing Services into the Multilateral Trading System", en BHAGWATI, J. Y HIRSCH, M. (eds.), *The Uruguay Round and Beyond, Essays in Honour of Arthur Dunkel*, Heidelberg and New York, Springer, 1998, pp. 79-99; RIDDLE, D. I., *Service-Led Growth: The Role of the Service Sector in World Development*, New York, Praeger, 1986; CEPAL, "Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios: retos y oportunidades para América Latina y el Caribe", Doc. LC/R.1588, Santiago de Chile, 1995.

¹⁴ Vid. GADREY, J., "The Characterisation of Goods and Services; An Alternative Approach", *The Review of income and wealth.*, vol. 46, no. 3, 2000, pp. 369-387.

¹⁵ *Ibid.*, en p. 384.

¹⁶ Vid. DE BANDT, J. Y DIBIAGGIO, L., "Informational Activities as Co-Production of Knowledge and Values", en GADREY, J. Y GALLOUJ, F. (eds.), *Productivity, Innovation and Knowledge in Services. New Economic and Socio-Economic Approaches*, Cheltenham, Edward Elgar, 2002, pp. 76-101.

¹⁷ Definición que deriva de la definición clásica de HILL, vid. HILL, T. P., "On Goods and Services", *op. cit.* Esta definición es usada por ejemplo en HUFBAUER, G. C. Y WARREN, T., "The Globalization of Services: What Has Happened? What are the Implications?", Peterson Institute for International Economics, Working Paper 99-12, 1999; FINDLAY, C., "Introduction to the regulation of services", en BANKS, G., FINDLAY, C., et al. (eds.), *Achieving Better Regulation of Services*, Canberra, Australian National University, Productivity Commission and Australian National University, 2000, pp. 9-29.

¹⁸ Se deriva de la definición clásica de servicios de HILL, vid. HILL, T. P., "On Goods and Services", *op. cit.*, p. 317. Es usada frecuentemente por otros autores, vid. FINDLAY, C., "Introduction to the regulation of services", *op. cit.*; HUFBAUER, G. C. Y WARREN, T., "The Globalization of Services: What Has Happened?"

Nacionales (SCN) del 2008¹⁹ sigue un enfoque similar, al igual que el borrador del Manual de Estadísticas del Comercio Internacional de Servicios del 2010 (MSITS 2010) y establecen que “servicios son el resultado de una actividad de producción que cambia las condiciones de las unidades de consumo o facilitan el intercambio de productos o activos financieros”²⁰. Esta reciente definición de servicios y la clásica coinciden en que la esencia de los servicios está en ser la actividad que crea un cambio en las condiciones de otro bien o persona²¹.

En los años ochenta, con el surgimiento de los servicios en la agenda política internacional, se prestó mucha más atención a los servicios y su naturaleza²². Se inició la primera gran contribución analítica al comercio de servicios, que busca desarrollar los requisitos para que el servicio sea prestado, destacando el requisito de la interacción entre productor y consumidor²³. En efecto, los consumidores residentes en un país, a fin de obtener las capacidades de un productor de servicios de otro país, deben de alguna forma interactuar con los productores para adquirir los servicios. BHAGWATI así como SAMPSON Y SNAPE²⁴ destacan en esta nueva literatura las formas de acceder a estas llamadas capacidades de los servicios; identificando cuatro tipos de servicios. Esta tipología fue la adoptada finalmente como definición de los servicios por el AGCS²⁵. A pesar de la

What are the Implications?", *op. cit.*; FINDLAY, C. Y WARREN, T., (eds.), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications, Studies on the Growth Economics of Asia*. London, New York, Routledge, 2000, p. 18.

¹⁹ *Vid.* UNITED NATIONS STATISTICS DIVISION, "System of National Accounts 2008", New York, UNITED NATIONS, EUROPEAN COMMUNITIES, et al., 2009, párr. 6.17-6.18, p. 96. El Sistema de Cuentas Nacionales del 2008, aprobado por la Comisión de Estadística de las Naciones Unidas en su 39 período de sesiones es una actualización del System of National Accounts, 1993 (1993 SNA). Que es un marco de trabajo que establece los estándares internacionales estadísticos para las mediciones en el mercado económico. Ver también COMISIÓN DE ESTADÍSTICA DE LAS NACIONES UNIDAS, "Informe sobre el 39° período de sesiones (26 a 29 de febrero de 2008)", ONU, E/2008/24, E/CN.3/2008/34, 2008.

²⁰ *Vid.* UNITED NATIONS STATISTICAL COMMISSION, "Manual on Statistics of International Trade in Services 2010 (MSITS 2010)", *Forty-first session 23-26 February 2010, Item 3(d) of the provisional agenda Items for discussion: Statistics of International Trade in Services*, Unedited version, disponible solamente en inglés, Ginebra, Luxemburgo, Nueva York, París, Washington D.C., 2010, p. 7.

²¹ *Vid.* UNITED NATIONS STATISTICS DIVISION, "System of National Accounts 2008", *op. cit.*, párr. 6.16. La producción de servicios se debe limitar a las actividades que son capaces de ser realizadas por una unidad en beneficio de otra. Si no, las industrias de servicio no podrían desarrollarse y no podría haber mercados para los servicios. Es también posible que una unidad produzca un servicio para su propia consumición a condición de que el tipo de actividad sea tal que hubiera podido ser realizada por otra unidad.

²² Thomas FRIEDMAN metafóricamente señalaba que “se levantó un día y encontró que el mundo es plano”. Hace referencia en gran parte de su trabajo al cambio de los servicios desde su naturaleza no comercial hacia su comercialización internacional, y pone como ejemplos el desarrollo de software, centros de llamadas y servicios de contabilidad. *Vid.* FRIEDMAN, T. L., *The world is Flat: A Brief History of Twenty-first Century*, 1st ed., New York, Farrar, Straus and Giroux, 2005, pp. 48-170.

²³ *Vid.* HIRSCH, S., "Services and Service Intensity in International Trade", *op. cit.*

²⁴ *Vid.* BHAGWATI, J. N., "Splintering and disembodiment of services and developing nations", *op. cit.* y SAMPSON, G. P. Y SNAPE, R. H., "Identifying Issues in Trade In Services", *World Economy*, vol. 8, no. 2, 1985, pp. 171-182.

²⁵ Ver el párrafo 2 del Art. I del AGCS y la explicación de los modos de prestación de servicios en el apartado del capítulo sobre la regulación internacional del comercio de servicios y con mayor detalle la explicación de los modos de suministro en el AGCS del capítulo II.

adopción de esta definición en el ámbito del comercio multilateral, en los años noventa el debate sobre la definición continuó sin una conclusión plenamente satisfactoria²⁶.

En base a esta transformación del concepto, se han realizado importantes iniciativas en el ámbito internacional para obtener una definición consensuada de los servicios. Según el Manual de Estadísticas del Comercio Internacional de Servicios, “el término servicios abarca un conjunto heterogéneo de productos y actividades intangibles que resultan difícil de englobar en una definición simple. Los servicios también son muchas veces difíciles de separar de los bienes, con los que pueden estar vinculados en diverso grado²⁷. Por ende, se suele identificar más fácilmente a los servicios mediante las diferentes actividades de lo comprenden.

En este contexto, la UNCTAD y el Banco Mundial, a fin de aclarar el contenido de la definición de servicios, elaboraron un documento²⁸, donde se adoptó un criterio amplio para identificar a los servicios, se incluye dentro de ellos a los servicios profesionales, comunitarios, sociales, personales, comerciales y financieros, de transporte y comunicaciones, de administración pública y defensa, de construcción así como los servicios de utilidad pública. Según HODGE la categoría de servicios comprende los llamados servicios intermedios²⁹ (comunicaciones, transporte, intermediación financiera, electricidad, gas, distribución, construcciones, servicios empresariales) y servicios finales (turismo y viajes, recreaciones, educación, salud, servicios ambientales)³⁰.

Frente a la variedad de conceptos e interrelaciones de los mismos, cabe recordar que la definición de servicios y de comercio de servicios depende de su contexto. Cuando el término es utilizado por los economistas para describir un concepto de teoría económica, la definición es determinada por la estructura lógica de tales teorías. Si se utiliza como etiqueta para una determinada categoría de actividades económicas usadas para las estadísticas, la definición está

²⁶ Vid. BRYSON, J. R. Y DANIELS, P. W., *The handbook of service industries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007, p. 20.

²⁷ Vid. NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, FONDO MONETARIO INTERNACIONAL et al., "Manual de Estadísticas del Comercio Internacional de Servicios", *Serie M 86*, DEPARTAMENTO DE ASUNTOS SOCIALES Y ECONÓMICOS, DIVISIÓN DE ESTADÍSTICA (ed.), ST/ESA/STAT/SER.M/86, Ginebra, Luxemburgo, Nueva York, París, Washington, ONU, 2003 p. 6. UNITED NATIONS STATISTICAL COMMISSION, "Manual on Statistics of International Trade in Services 2010 (MSITS 2010)", *op. cit.*, p. 7.

²⁸ Vid. UNCTAD Y WORLD BANK, "Liberalizing International Transactions in Services: A Handbook", UNCTAD/DTCI/7, Ginebra, New York, UNITED NATIONS, 1994.

²⁹ Según el glosario de términos de la OECD, Servicios de producción son “*Producer services are intermediate inputs to further production activities that are sold to other firms, although households are also important consumers in some cases. They typically have a high information content and often reflect a “contracting out” of support services that could be provided in-house. Producer services comprise: business and professional services; financial services; insurance services; real estate services*”. Vid. OECD, Glossary of Statistical Terms, disponible en <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=2440>

³⁰ Vid. HODGE, J., "Liberalization of Trade in Services in Developing Countries", en HOEKMAN, B., MATTOO, A., et al. (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington, DC, World Bank, 2002, pp. 221-234, en p. 221.

determinada por la necesidad de contabilizar la renta nacional y el uso de los datos para el manejo de políticas macroeconómicas³¹. Cuando los legisladores y creadores de política comercial se refieren al comercio de servicios, intentan que la definición encaje en los amplios requerimientos de su política comercial³².

2. Características diferenciadoras de los servicios en el contexto internacional

Estudios recientes, a falta de un consenso sobre la definición de los servicios, han hecho uso del conjunto de sus características generales y sus excepciones para configurar lo que denominan un marco general de trabajo, enfocándose en los diferentes tipos de servicios y sus ejemplos, más que preocuparse por una precisa definición de servicios³³. Bajo esta perspectiva se desarrolló la definición de servicios del AGCS, cubriendo las diferentes formas de realización de los servicios en base a sus particularidades. Por eso, para entender la aproximación del AGCS y las implicancias de sus disciplinas en las regulaciones de los PED, se realiza a continuación un breve análisis de las características comunes de los servicios y las excepciones que originaron la tipología adoptada en el AGCS³⁴.

Ciertas características son especialmente representativas de los servicios y su comercialización, estas características suelen ser determinadas esencialmente en consideración a las diferencias de los servicios con los bienes³⁵. Así, la mayoría de definiciones intenta transmitir la esencia de los servicios en este sentido, haciendo de estas diferencias su punto de referencia³⁶. Mientras que los bienes se caracterizan por ser tangibles, visibles, almacenables, “permanentes”, y

³¹ Para un estudio sobre los servicios como una categoría económica y un debate sobre su consistencia e utilidad *vid.* ILLERIS, S., "The nature of services", *op. cit.*, en pp. 19-21.

³² *Vid.* FEKETEKUTY, G., *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for negotiations*, *op. cit.* Chapter V.

³³ *Vid.* COPELAND, B. Y MATTOO, A., "The Basic Economics of Services Trade", en MATTOO, A., STERN, R., et al. (eds.), *A Handbook of international trade in services*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 84-129, p. 85.

³⁴ El AGCS en el párrafo 2 del art. 1 define el comercio de servicios acorde a cuatro modos o cuatro tipo de prestación de servicios: Modo 1 Comercio transfronterizo, Modo 2 Consumo en el extranjero, Modo 3 Presencia comercial y Modo 4 Presencia de personas físicas.

³⁵ Para análisis detallado sobre las diferencias entre bienes y servicios *vid.* NICOLAIDES, P., *Liberalizing Service Trade*, *op. cit.* p. 7; HILL, T. P., "On Goods and Services", *op. cit.*; FUCHS, V. R., "The services economy", *op. cit.*; STERN, R. M. Y HOECKMAN, B. M., "The services sector in economic structure and in international transactions", en CASTLE, L. Y FINDLAY, C. (eds.), *Pacific Trade in Services*, Sydney, Allen and Urwin, 1988, pp. 19-63.

³⁶ Usando a los bienes como punto de referencia de comparación, estas definiciones son sistemáticas pero, como argumenta NICOLAIDES adelante, ellas no son muy útiles porque no explican que objetivo tiene la definición, percibiendo a lo servicios como algo diferente de los bienes. *Vid.* NICOLAIDES, P., *Liberalizing Service Trade*, *op. cit.* p. 7.

no requerir la interacción directa entre productor y consumidor para su comercialización³⁷, los servicios presentan características tradicionales muy diferentes. Se identifican por ser: intangibles o invisibles, de requerir la simultaneidad entre su producción y consumo y por tanto, de ser no almacenables, el último requisito es la interacción directa entre productores y consumidores³⁸.

La intangibilidad o invisibilidad es tal vez la principal y más generalizada de las características de los servicios, como se dijo en el diario *The Economist* en 1985: "Servicio es todo objeto que puedes comprar y vender pero que no puede dejarse caer sobre el pie"³⁹. Se afirma que la esencia de una transacción de servicios es el otorgamiento de un beneficio intangible, que en su forma más pura no involucra objetos y que el correspondiente pago por el servicio no está acompañado de ninguna transferencia de mercancía⁴⁰. No hay un producto físico que pueda ser aislado del proceso de producción y el proceso de consumo o uso. Algunos ejemplos que ilustran que el producto de los servicios es en esencia intangible son los servicios profesionales (como la enseñanza servicios de salud y asesorías legales), los servicios de viaje, los servicios de seguros, entre otros. Pero es posible encontrar excepciones a estas y otras características, se señalan como ejemplo a los dibujos de un arquitecto o el diseño de un circuito integrado, que son claramente tangibles⁴¹; una crítica a la tradicional definición expresada por algunos economistas es que la inmaterialidad de los servicios es más bien una característica accidental⁴². Sin embargo, esta característica es clave para identificar las barreras a la comercialización de los servicios.

La simultaneidad, es decir, que los servicios son consumidos donde son producidos es una característica relacionada también con su carácter transitorio perecedero. Los servicios, a diferencia de los bienes, son producidos por un agente económico para otros y requieren la simultaneidad de provisión y uso⁴³. Se genera entonces una frecuente producción conjunta entre proveedor y

³⁷ Vid. FUCHS, V. R., "The services economy", *op. cit.* pp. 14-16 y HILL, T. P., "On Goods and Services", *op. cit.*.

³⁸ Un análisis más amplio de estas características se puede encontrar en, revisión de las diferentes definiciones de servicios. Vid. FEKETEKUTY, G., *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for negotiations*, *op. cit.* Más recientemente COPELAND Y MATTOO reafirman la utilidad de esta definición de servicios en COPELAND, B. Y MATTOO, A., "The Basic Economics of Services Trade", *op. cit.*, p. 85.

³⁹ Vid. "A GATT for Services", *The Economist*, 12 October 1985. Citado por ALLEN, J., "Towards a Post-industrial Economy?", en ALLEN, J. Y MASSEY, D. (eds.), *Restructuring Britain. The Economy in Question*, Londres, Open University/Sage, 1988.

⁴⁰ Vid. RAWORTH, P. M., *Trade in services: global regulation and the impact on key service sectors*, New York, Oceana Publications, 2005, pp. 1-3.

⁴¹ Vid. TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., *The Regulation of International Trade*, 3rd ed., London - New York, Routledge, 2005, Trade in Services, Chapter 12, p. 350.

⁴² Vid. ILLERIS, S., "The nature of services", *op. cit.*, p. 22, destaca que el hecho de la imposibilidad de propiedad es más fundamental para algunos economistas.

⁴³ Vid. entre otros a HILL, T. P., "On Goods and Services", *op. cit.*, p. 317. Dice que "los servicios se consumen a medida que se generan, puesto que el cambio en la condición de la unidad consumidora debe ocurrir simultáneamente con la producción de ese cambio por el productor; ambos son un solo e idéntico cambio..." Como los servicios deben ser adquiridos por los consumidores a medida que se producen, es imposible que los productores los almacenen.

consumidor. Esto se hace evidente en las relaciones entre los profesionales y los clientes, donde el consumidor toma parte en el proceso de producción. TOFFLER denominó al usuario de un servicio “prosumidor”, por su doble rol de producción y consumo⁴⁴.

Los servicios que sirven de ejemplo para mostrar su simultaneidad son los de enseñanza, cuando los estudiantes recogen el conocimiento de manera activa y los servicios de consultoría, cuando los clientes de una consultoría dan la información sobre la empresa⁴⁵. Existen sin embargo excepciones a la simultaneidad, respecto a algunos servicios como los relacionados con las nuevas tecnologías, o en los servicios de consultoría, donde se almacenan los mensajes para transmitirse luego. Antes de admitir la existencia de dichas excepciones, el comercio internacional de servicios (no simultáneos en la producción y el consumo), que se daba mediante el movimiento de proveedores de un país a otro, era considerado movimiento de un factor de producción *no tradeable*⁴⁶.

Respecto a la transitoriedad de servicios, esta característica es también relativa, como explica NICOLAIDES, una conferencia o una operación bancaria ocasional es más larga que la vida de un helado, y las conferencias dadas por especialistas tienen en realidad un efecto más largo por la enseñanza que dejan⁴⁷. BHAGWATI afirma, sin embargo, que dichas excepciones no restan la utilidad de una definición que caracteriza a los servicios por requerir la interacción entre productores y consumidores, como la dada por HILL⁴⁸.

La interacción directa entre productores y consumidores y la proximidad para que el servicio sea prestado es otra de sus características tradicionales. Al ser los servicios consumidos con su producción, y no almacenables, tienen también como característica el requerimiento de interacción o al menos un contacto con los consumidores, antes de que el servicio pueda ser prestado⁴⁹. La necesidad de la proximidad entre proveedores del servicio y los consumidores hace que por lo

⁴⁴ Según TOFFLER se estaría pasando de un esquema dicotómico que contempla productores y consumidores a una perspectiva en donde se juntan ambas funciones en lo que él llama “prosumidor”. Para alcanzar un alto grado de personalización, los consumidores tendrían que tomar parte en el proceso de producción, especialmente especificando los requisitos de diseño. En cierta forma, esto sería una extensión de algunas clases de relaciones de servicios ya existentes entre clientes y profesionales, como los servicios de arquitectura. Vid. TOFFLER, A., *La tercera ola*, 2^{da} ed., Barcelona, Plaza y Janés, 1980, pp. 261 ss.

⁴⁵ Vid. FUCHS, V. R., "The services economy", *op. cit.*, para un análisis de las diferencias entre bienes y servicios.

⁴⁶ A fin que los servicios sean *tradeables* (posible de hacer comercio internacional), deben ser aplicados a personas, información, dinero, que dan los medios para transferir el servicio a otro país. La otra forma que pueden ser comercializado es que sean usados para mover a las personas, información, dinero o bienes de un país a otro. Se le llama a la primera categoría de servicios “*trade in value-enhancing services*” y a la segunda categoría “*trade in transfer services*”. Ver sobre las características clásicas de los servicios, especialmente su invisibilidad. Vid. FEKETEKUTY, G., *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for negotiations*, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁷ Vid. NICOLAIDES, P., *Liberalizing Service Trade*, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁸ Vid. BHAGWATI, J. N., "Trade in Services and the Multilateral Trade Negotiations", *op. cit.*, p. 552.

⁴⁹ Vid. HIRSCH, S., "Services and Service Intensity in International Trade", *op. cit.*

general alguno de ellos deba moverse de ubicación (hotelería, servicio de limpieza, peluquería). El requisito de que los productores y consumidores interactúen para que un servicio sea prestado, influencia en cómo se realizan

las transacciones internacionales de servicios⁵⁰. Esta característica hace que el comercio de servicios frecuentemente involucre transacciones trasfronterizas de servicios o la presencia local de prestadores del servicio⁵¹. Se considera entonces que los servicios tienden a estar materializados en bienes, flujos de información o en personas, siendo así necesaria la proximidad para que sea posible el intercambio.

Por otro lado, se reconoce desde hace unos años que existen algunos servicios que no necesitan de la proximidad para ser comercializados, como es el caso de los servicios relacionados con la transmisión de datos o los tradicionales servicios bancarios y de seguros. BHAGWATI describió en este sentido el proceso en que algunos servicios son separados (“*desembodied*” o “*splintered*”) de la persona física (proveedores) o de los bienes y pueden de esta forma ser prestados sin que sea necesaria la presencia física⁵². Se generan de esta forma los denominados servicios de larga distancia⁵³. Los cambios tecnológicos producidos desde los años ochenta favorecieron el proceso antes señalado, los servicios son ahora digitalizados, o transportados internacionalmente. Los servicios mediante satélite y redes de telecomunicación han hecho posible el crecimiento de los servicios empresariales, informáticos, de asesoría, de salud, ambientales, entre otros.

Una característica adicional a las tres señaladas es la necesidad de que el servicio ocurra entre agentes económicos diferentes, ya que de otra manera todas las actividades y valores añadidos colapsarían dentro del sector de servicios. Una implicación de esta característica es que la definición de servicios refleja la organización económica o la estructura de mercado⁵⁴. Finalmente,

⁵⁰ Los acuerdos internacionales en materia de servicios, en particular el AGCS contiene disposiciones que autorizan acuerdos en que los proveedores tengan una presencia en el país del consumidor (derecho de establecimiento) y también cubre los servicios de personas situadas en el extranjero, ya sea como proveedores de servicios o como empleados de por un proveedor extranjero de servicios que es la compañía matriz o la afiliada extranjera de la compañía matriz.

⁵¹ Esto fue enfatizado por HILL en 1977 según lo comentó también HOEKMAN, *vid.* HOEKMAN, B., "Trade in Services, Trade Agreements and Economic Development: A Survey of the Literature", *Discussion Paper Series*, 5760, Centre for Economic Policy Research, July, 2006.

⁵² *Vid.* BHAGWATI, J. N., "Splintering and disembodiment of services and developing nations", *op. cit.*, p. 101.

⁵³ BHAGWATI cita el ejemplo de escuchar a Pavarotti en vez de en un tocadiscos en la TV vía satélite. En el primer caso se trata de un desmembramiento vía incorporaciones del servicio en un bien, en el segundo es un desmembramiento que crea un servicio de larga distancia. En ambos casos, queda eliminada la necesidad de proximidad y presencia física del proveedor frente al usuario. *Vid.* BHAGWATI, J. N., "International Trade in Services and its Relevance for Economic Development" *The Emerging Service Economy*, Pergamon Press, 1987, pp. 235-269, p. 117 ss.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 117 ss. Si X pinta un coche en una línea de ensamblaje dentro de tu planta de autos como un trabajador, entonces este ingreso es parte de la producción del bien y su valor agregado. Pero si él hace el

otra característica que los diferencian de los bienes, y que frecuentemente se suele olvidar, es que los servicios tienden a ser producidos de manera diferenciada de acuerdo a las necesidades del consumidor, mientras que los bienes pueden ser homogéneos en naturaleza o diferenciados; esta característica hace más difícil el comercio internacional de los servicios⁵⁵.

El usar a los bienes como punto de referencia para la definición de los servicios y presentar sus características ha causado debate, ya que en la realidad la distinción entre bienes y servicios puede ser, en ocasiones, difícil, y no siempre es analíticamente manejable o práctico separarlos. También a nivel de la industria puede ser difícil de distinguirlos⁵⁶. Según NICOLAIDES, usar a los bienes como punto de referencia, hace que estas definiciones sean sistemáticas, pero no son de mucha utilidad, ya no explican qué objetivo persiguen al distinguir a los servicios como algo diferente de los bienes⁵⁷. Existe, sin embargo, un reconocimiento general de la utilidad de este tipo de definiciones y las posibles excepciones a estas características⁵⁸.

3. Los problemas en la clasificación y estadísticas de los servicios

La siguiente consideración de STIGLER⁵⁹ de mediados del siglo pasado, "*There exists no authoritative consensus on either the boundaries or the classification of the service industries*" sigue vigente. Efectivamente, no hay acuerdo respecto a una única clasificación de servicios y existe

mismo trabajo en su propio taller, su ingreso es parte de la producción de servicios y valor añadido de servicios.

⁵⁵ Vid. BEAULIEAU, E., "Trade in Services", en KERR, W. A. Y GAISFORD, J. D. (eds.), *Handbook on international trade policy* Cheltenham, Edward Elgar, 2007, pp. 150-162, p. 151. No es solamente la característica de no almacenamiento lo que hace difícil la comercialización de los servicios, sino también que son especialmente diferenciados, así la proximidad y lenguaje y contenidos culturales comunes son importantes para su comercio intencional y presenta más dificultades de comercialización por problemas de información.

⁵⁶ Vid. STERN, R. M. Y HOECKMAN, B. M., "The services sector in economic structure and in international transactions", *op. cit.* FINDLAY, C. Y WARREN, T., (eds.), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications*, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁷ Vid. NICOLAIDES, P., *Liberalizing Service Trade*, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁸ Ver entre otros: BHAGWATI, J. N., "Trade in Services and the Multilateral Trade Negotiations", *op. cit.*, p. 552; CHEN, Z. Y SCHEMBRI, L., "Measuring the Barriers to Trade in Services: Literature and Methodologies", en CURTIS, M. Y CIURIAK, D. (eds.), *Trade Policy Research 2002*, Government of Canada, Minister of Public Works and Government Services, , 2002, pp. 219-286; COPELAND, B. Y MATTOO, A., "The Basic Economics of Services Trade", *op. cit.*; TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., *The Regulation of International Trade*, *op. cit.*, Chapter 12: Trade in services, p. 350.

⁵⁹ Vid. STIGLER, G. J., "Trends in Employment in the Service Industries", Princeton University Press for National Bureau of Economic Research, 1956, p. 47.

una diversidad de enfoques utilizados para delimitar a los servicios⁶⁰, problema que está ligado a la falta de una definición internacional única de servicios⁶¹.

Una forma común de clasificar la actividad económica de los servicios es conforme a sus funciones en la sociedad, de esta forma puede tratarse de:

- a) Servicios relacionados con empresas, externalizando todo tipo de actividades desde investigación y desarrollo hasta funciones de gestión y tareas periféricas.
- b) Servicios relacionados con los particulares o con actividades domésticas de cuidado personal como la educación o el esparcimiento.
- c) Servicios que comprenden un amplio rango de actividades intermedias como distribución, banca y seguros, transporte y comunicación, que se orientan tanto a empresas como a ciudadanos, y constituyen la logística de las economías de mercado.

En esta clasificación, el sector de la construcción no suele ser considerado como un servicio⁶². Otra importante distinción es la de servicios públicos y privados⁶³.

Al no existir una base teórica clara sobre la agrupación de las actividades económicas, los servicios suelen también identificarse de acuerdo a propósitos estadísticos o de investigación, los dos criterios más utilizados son la cercanía al consumidor y la presencia o ausencia de un producto tangible. Por ejemplo, algunos estudios incluyen los servicios de comunicación, transporte e infraestructura dentro de los servicios públicos, mientras que otros los excluyen.

Estos servicios según el SCN se pueden clasificar en servicios de transformación (son el resultado de una actividad de producción) y servicios del margen (que facilitan el intercambio de productos o activos financieros⁶⁴). Los servicios de transformación son resultados producidos en

⁶⁰ Para un estudio sobre la diversidad de enfoques usados en la clasificación de la industria de servicios y los conceptos relacionados ver MATTOS, J. C., "Los desafíos de la Clasificación de los Servicios y su importancia para las negociaciones comerciales", *Serie Comercio internacional*, CARLOS, J. (ed.), CEPAL, División de Comercio Internacional e Integración, diciembre, Santiago de Chile, 2001, p. 10-12.

⁶¹ En la Conferencia Internacional de Clasificación de Actividades Económicas de 1991 en Williamsburg, Virginia (conocida como Conferencia de Williamsburg) muchos participantes, entre ellos Erwin VEIL, indicaron que no existía una definición oficial de servicios que fuera internacionalmente aceptada. En consecuencia, la comparación de las estadísticas de servicios entre países era muy limitada. VEIL, E., "Services Classifications in the OCDE Area: Problems and Work in Progress" (paper presented at the Williamsburg Conference, 1991), mencionado en GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS, OFICINA DE ANÁLISIS ECONÓMICA, COMITÉ DE POLÍTICA DE CLASIFICACIÓN ECONÓMICA, "Issues Paper No. 6: Services Classifications", March, 1994, p. 2.

⁶² Vid. PETIT, P., "The political economy of services in tertiary economies", en BRYSON, J. R. Y DANIELS, P. W. (eds.), *The handbook of service industries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007, Chapter 6, p. 77.

⁶³ Los servicios públicos se tratarán con más detalle en el apartado III B de este capítulo al explicar la relación del comercio de servicios con la teoría del Desarrollo Humano y la regulación de los servicios públicos.

⁶⁴ Vid. UNITED NATIONS STATISTICS DIVISION, "System of National Accounts 2008", *op. cit.*, párr. 6.21. El SCN 2008 respecto de los servicios de margen señala. "Los servicios de margen resultan cuando una unidad institucional facilita el cambio de la propiedad de mercancías, de productos de conocimiento, algunos servicios o activos financieros entre otras dos unidades institucionales. Los servicios del margen son proporcionados por los comerciantes (*wholesalers*) y los minoristas y por muchos tipos de instituciones

base a un pedido y consisten típicamente en cambios en las condiciones de las unidades de consumo; son el resultado de las actividades realizadas por sus productores a demanda de los consumidores. Los servicios de transformación no son entidades separadas sobre los que se pueden establecer derechos de la propiedad. No pueden ser comercializadas separadamente de su producción. En el momento que se concluye su producción, deben haber sido suministrados a los consumidores. Los cambios que pueden ocasionar esta clase de servicios pueden darse de varias formas: en las condiciones de los bienes del consumidor y en las condiciones físicas o mentales de personas; estas pueden ser temporales o permanentes y se presume que generalmente generan mejoras *que no pueden ser comercializados separadamente de su producción ni inventariadas*⁶⁵. Un único proceso de producción puede proporcionar servicios a varias personas, o unidades, simultáneamente⁶⁶.

Mientras que el SCN tiene una clasificación de servicios útil para analizar la importancia del sector de servicios en la economía nacional, la clasificación de servicios del Manual de Balanza de Pagos del FMI (BPM6)⁶⁷ es considerada más útil para el análisis del comercio internacional de servicios. Los servicios tales como gas, electricidad y agua son excluidos de las estadísticas de balance de pagos. Los servicios de la construcción son excluidas también en algunas estadísticas

financieras. Los servicios del margen se asemejan los servicios que efectúan un cambio en que no son entidades separadas de las entidades separadas sobre los que se pueden establecer derechos de propiedad. No pueden ser negociados por separado de su producción. Para el momento en que se termine su producción deben haber sido proporcionados a los consumidores”.

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 6.18-6.19. “Los cambios pueden ser temporales o permanentes. Por ejemplo, los servicios médicos o de educación pueden dar lugar a cambios permanentes en la condición de los consumidores de los cuales los beneficios se pueden derivar sobre muchos años”.

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 6.20. Por ejemplo, los grupos de personas o de mercancías que pertenecen a diversas unidades institucionales se pueden transportar juntas en el mismo avión, tren o en otro vehículo. La gente puede ser instruida o ser formada en grupos atendiendo la misma clase, conferencia o funcionamiento. Ciertos servicios se proporcionan colectivamente a la comunidad en su totalidad, o gran parte de la comunidad, por ejemplo, servicios de mantenimiento de la ley y orden, y defensa.

⁶⁷ *Vid.* INTERNATIONAL MONETARY FUND, "Balance of Payments and Intentional Investment Position - Manual," Washington D.C., INTERNATIONAL MONETARY FUND PUBLICATION SERVICES, 2009, Sixth Edition (BPM6), pp. 150, 161 ss. Incluye los siguientes servicios: Servicios de manufactura (ensamblado, etiquetado empaquetado, procesamiento), servicios de mantenimiento y reparación, de transporte en el que se incluyen tanto los cobros como los pagos realizados en concepto de fletes como cualquier otro gasto de transporte (por ejemplo los seguros) servicios de comunicaciones que, recoge los servicios postales, correo electrónico, etc.; servicios de viaje que recoge los servicios y los bienes adquiridos en una economía por viajeros, por tanto no sólo engloba la prestación de servicios, sino que también recoge las mercancías consumidas como mayor importe del apartado; Servicios de Construcción; Seguros y pensiones; Servicios financieros, comprende los servicios de intermediación financiera, que entre otros incluye las comisiones de obtención y colocación de fondos, transferencias, pago, cambio de moneda, etc.; Servicios de telecomunicación informáticos y de información, como son los de asesoría y configuración de equipos informáticos, reparación de los mismos, servicios de desarrollo de software, agencias de noticias, reportajes, crónicas de prensa, etc.; Otros Servicios prestados a las empresas, tales como servicios comerciales y leasing operativo; Servicios personales, culturales y recreativos; Bienes y Servicios gubernamentales, i.e. que comprende los cobros y pagos relacionados con embajadas, consulados, representaciones de organismos internacionales, unidades militares, etc.

como en la de los indicadores de desarrollo del Banco Mundial, dado la tangibilidad de su resultado⁶⁸.

Respecto al comercio internacional de servicios, las contribuciones iniciales de clasificación solían distinguir dos categorías de servicios, los servicios factoriales y servicios no factoriales⁶⁹. Esta separación sugería que no había nada especial en los servicios, en el sentido de que los servicios no factoriales podían ser considerados como materializados en los bienes y entonces cubiertos por el GATT, mientras que no era el caso de los servicios factoriales.

Como consecuencia, las negociaciones multilaterales de servicios en la Ronda Uruguay se centran en el movimiento temporal de los proveedores de servicios y en la inversión extranjera directa (IED), que son movimientos internacionales de factores⁷⁰. Sin embargo, el comercio de servicios transfronterizos se ha ido incrementado rápidamente, al poder ser prestados sin la presencia física⁷¹ y por la contribución de los avances tecnológicos. Los servicios son ahora transportados mediante redes de telecomunicación y satélite, lo que ha permitido una percepción distinta y mayor comercialización internacional de los servicios no factoriales. La mayoría de las estadísticas de servicios se refiere a los servicios no factoriales, algunas organizaciones como el FMI generan estadísticas en servicios factoriales.

Los servicios factoriales o balanza de rentas, son considerados en la balanza de pagos para fines contables, que recoge los ingresos y pagos registrados en un país en concepto de intereses, dividendos o beneficios generados por los factores de producción (trabajo y capital); es decir inversiones realizadas por los residentes de un país en el resto del mundo o por los no residentes en el propio país. La forma más común de servicios factoriales son los dividendos o beneficios de una empresa afiliada extranjera, intereses de un portafolio extranjero de inversión, rentas para propiedades extranjeras y royalties de una licencia internacional. Sin embargo, RAWORTH señalaba “que el epíteto servicios es totalmente malentendido. En realidad ellos son flujos de capital sin

⁶⁸ En la publicación de las estadísticas de servicios de la producción nacional, de los Indicadores de Desarrollo del Banco Mundial, se excluyen los servicios de la construcción (junto con el gas, la electricidad y el agua). Pero el BM incluye la construcción en sus estadísticas de servicios, al igual de las estadísticas de balanza de pagos del FMI.

⁶⁹ Vid. KANG, J.-S., "The Services Sector in output and in international trade", en FINDLAY, C. Y WARREN, T. (eds.), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications*, London, New York, Routledge, 2000, pp. 19-41, en p. 19; RAWORTH, P. M., *Trade in services: global regulation and the impact on key service sectors*, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁰ Vid. GRUBEL, H. G., "All Traded Services are Embodied in Materials or People", *The World Economy*, vol. 10, no. 3, 1987, pp. 319-330, proponía que todo el comercio estaba materializado en bienes o en factores (personas o inversión).

⁷¹ Ver el denominado proceso de desfragmentación (“*desembodiment*” o “*splintering*”) de los servicios explicado por BHAGWATI, J. N., "Splintering and disembodiment of services and developing nations", *op. cit.*, p. 101.

relación con cualquier actividad de servicio subyacente⁷². Puede ser por este motivo que en el MBP6 los llamados servicios factoriales están ahora ubicados separadamente en la cuenta de capital.

Los servicios no factoriales o comerciales pueden ser clasificados como visibles o invisibles según la ubicación del beneficio que realizan en los consumidores. Los servicios son visibles cuando el beneficio intangible es prestado en conexión con un objeto o cuando el beneficio intangible es construido dentro de un bien⁷³. En el primer caso, cuando el beneficio intangible de los servicios es prestado en conexión con un objeto, el objeto en sí mismo es auxiliar a la transacción, por esto tiene poco o ningún valor por sí mismo y el pago se hace casi enteramente por los servicios que son incorporados. Por ejemplo, los servicios de entretenimiento son grabados en discos compactos o DVDs y los resultados de consultorías están contenidos en un informe. En tanto que estos servicios incluidos en un objeto pueden ser controlados en su transmisión, pueden ser regulados en el marco del comercio de bienes (comercio cinematográfico); en cambio, cuando el control de la transacción es más difícil, serán regulados como comercio de servicios (consultorías profesionales)⁷⁴. En el segundo caso, el beneficio intangible es construido dentro de un objeto, aquí el objeto es transferido como un valor independiente, pero el pago también incluye el valor adicional del servicio que fue introducido en su producción o instalación. Ejemplos son un silenciador instalado en un automóvil, una llave duplicada, o la construcción de una central eléctrica que es construida en un país extranjero. En tanto que el objeto es comercializado de forma transfronteriza, será regulado como un bien. Cuando el objeto no es comercializado de forma transfronteriza, como en el caso de la central eléctrica, la transacción tiene que ser tratada como un comercio de servicios.

En los servicios invisibles, la prestación no involucra un objeto, por ejemplo servicios de viajes, procesamiento de datos, entretenimiento o la provisión de seguros o consultoría legal. Entonces las barreras al comercio de servicios tienden a estar más ocultas y difíciles de erradicar.

En el marco de la OMC, la categoría de servicios comerciales⁷⁵ es utilizada por la división de estadística de la OMC para hacer referencia a los servicios realizados entre residentes y no

⁷² Vid. RAWORTH, P. M., *Trade in services: global regulation and the impact on key service sectors*, op. cit., p. 3.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Esto es efectivamente lo que ha pasado cuando el valor de las transacciones puede ser atribuido a los objetos, como en el caso de las cintas de video y los discos compactos. Entonces el art. IV del GATT agregado al acuerdo de la OMC regula el comercio de películas cinematográficas. Sin embargo esto es, estrictamente hablando, una transacción de servicios (Es tratado como una transacción de servicios por el código OECD de Liberalización de *Current Invisible Operations* - Código de Invisibles). De otro lado cuando no es posible atribuir suficiente valor al objeto, como en el caso de las asesorías profesionales contenidas en unas hojas de papel, este enfoque no es posible y la transacción es regulada como un servicio.

⁷⁵ Vid. DIVISIÓN DE ESTUDIOS ECONÓMICOS Y ESTADÍSTICA DE LA OMC, "La medición del comercio de servicios, módulo de formación para el Banco Mundial", Organización Mundial del Comercio, Ginebra,

residentes según la 5ta edición del Manual de Balanza de Pagos (son los servicios entre residentes y no residentes de la cuenta de bienes y servicios menos los servicios gubernamentales). Incluyen los servicios de transporte, de viaje y otros servicios comerciales⁷⁶. Los servicios comerciales incluyen esencialmente los servicios realizados mediante los modos 1, 2 y en parte el 4 del AGCS (suministro transfronterizo, consumo en el extranjero y presencia de personas físicas respectivamente). En este sentido la mayoría de servicios comerciales se refieren al valor de los servicios transfronterizos, mientras que el modo 3 (presencia comercial) corresponde principalmente al comercio de servicios mediante filiales extranjeras.

En este sentido, el Manual de Estadísticas del Comercio de servicios del 2010 considera que uno de los elementos principales que describe la prestación internacional de servicios son las transacciones de servicios entre residentes o no residentes descritas en el Manual de Balanza de pagos BPM6⁷⁷. Amplia la definición estadística del comercio internacional de servicios a la prestación de servicios realizada mediante el establecimiento de afiliadas no nacionales establecidas en el extranjero (relacionada con las estadísticas de afiliadas extranjeras – *Foreign Affiliates Statistic (FATS)*)⁷⁸, y señala la necesidad de estadísticas por modos de suministros sobre todo en lo referido al modo 4.

Para las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay relativas a los servicios se hizo necesario utilizar un sistema de clasificación para los servicios con relación a los compromisos específicos de liberalización y a las listas de exenciones al trato de nación más

2008 y WTO Statistics Database, Time series on international trade, Technical notes, V. Definitions and methods by data set, disponible en: <http://stat.wto.org/StatisticalProgram/WSDDBStatProgramTechNotes.aspx?Language=E>.

⁷⁶ Los denominados “otros servicios comerciales” corresponde a los siguientes componentes definidos en EL Manual de Balanza de pagos corresponde a los siguientes componentes: servicios de comunicaciones, incluye telecomunicaciones, correos y servicios de mensajería. ; servicios de seguros; servicios financieros cubre la intermediación financiera y servicios auxiliares servicios de computación e información; cánones y derechos de licencia; otros servicios empresariales, que incluye servicios relacionados con el comercio, arrendamiento operativo (alquiler) y diversos negocios, servicios profesionales y técnicos como legales, contabilidad, gestión de consultoría, servicios de relaciones públicas, publicidad, investigación de mercado y opinión pública electorales, la investigación y el desarrollo públicos, arquitectura, ingeniería y otros servicios técnicos, agricultura, minería y transformación in situ; personales, culturales y recreativas. Esta clasificación es usada para la base de datos de la OMC medida en base a las estadísticas de balance de pagos. En base a esta clasificación se ha coleccionado la mayoría de datos para establecer la situación del comercio de servicios señalado en el siguiente apartado. *Vid.* INTERNATIONAL MONETARY FUND, "Balance of Payments and Intentional Investment Position - Manual," *op. cit.*, pp. 150, 161 ss.

⁷⁷ *Vid.* UNITED NATIONS STATISTICAL COMMISSION, "Manual on Statistics of International Trade in Services 2010 (MSITS 2010)", *op. cit.*, Services Transaction between Residence and Non-residents, Chapter III, p. 24-77.

⁷⁸ FATS (Foreign Affiliates Trade in Services) se refieren a las filiales extranjeras en las que los inversores extranjeros poseen más del 50 por ciento del votación, interés, poder o equidad. Las ventas miden los ingresos brutos de explotación, menos las rebajas, descuentos y devoluciones. Las ventas FATS excluyen ventas al por mayor y por menor de comercio y las actividades de reparación y cubren sólo las actividades de las empresas afiliados dedicadas principalmente a actividades de servicios. *Ibid.*, p. 254-271; DIVISIÓN DE ESTUDIOS ECONÓMICOS Y ESTADÍSTICA DE LA OMC, "La medición del comercio de servicios, módulo de formación para el Banco Mundial", *op. cit.*, p. 21.

favorecida (NMF). Para ello se utilizó la Clasificación Provisional Central de Productos de las Naciones Unidas (CPC)⁷⁹. La CPC fue desarrollada principalmente para mejorar la armonización entre diversas áreas de estadísticas económicas y otras, y para fortalecer el papel de las cuentas nacionales como instrumento para la coordinación de las estadísticas económicas nacionales. No obstante, al ser una clasificación de propósito general, su nivel de detalle es limitado; además a pesar de las modificaciones de la CPC versión 2, la clasificación no ha sido revisada desde 1992.

De esta forma, la Secretaría de la OMC en el marco de las negociaciones de servicios⁸⁰ realiza una clasificación de servicios que incluye un listado de servicios con su correspondiente CPC y divide a los servicios en 11 sectores, esta lista es usada generalmente por los Miembros en la elaboración de los compromisos en el sector de servicios. Los sectores considerados son:

1. Servicios prestados a las empresas (servicios profesionales, de informática y conexos, de investigación y desarrollo, inmobiliarios, de arrendamiento o alquiler sin operarios, otros servicios prestados a las empresas como publicidad, investigación de mercados, etc.);
2. Servicios de comunicaciones (postales, correos de telecomunicaciones audiovisuales otros servicios de comunicaciones);
3. Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos;
4. Servicios de distribución;
5. Servicios de enseñanza;
6. Servicios relacionados con el medio ambiente;
7. Servicios financieros (servicios de seguros, bancarios y otros servicios financieros);
8. Servicios sociales y de salud;
9. Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes;
10. Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos (excepto los servicios audiovisuales);
11. Servicios de transporte (servicios de transporte marítimo, por vías navegables interiores, transporte aéreo, por el espacio, por ferrocarril, por carretera y transporte por tuberías, servicios auxiliares) y

⁷⁹ Naciones Unidas, división de estadísticas. Naciones Unidas la versión 1.0 de la CPC. Los objetivos centrales de la CPC son: a) Proveer un marco para la comparación internacional de estadísticas de bienes, servicios y activos y, b) Servir de guía para el desarrollo o revisión de esquemas de clasificación de productos ya existentes como forma de hacerlos compatibles con los padrones internacionales. La CPC provee los cimientos para la recopilación de estadísticas básicas desde sus clasificaciones originales hacia una clasificación estándar para uso analítico. La CPC constituye una clasificación amplia de todos los bienes y servicios. Su cobertura abarca todas las categorías de productos que pueden ser objeto de transacciones internas o internacionales o que pueden ser almacenados. La CPC cubre los productos que son el resultado de actividades económicas, incluyendo bienes y servicios transportables y no transportables, tierras y activos intangibles que surgen de actividades legales o contables tales como patentes, licencias, marcas registradas y derechos de autor. La CPC también incluye una amplia parte de activos tangibles, tales como todas las construcciones y trabajos de ingeniería.

⁸⁰ Para mayor detalle de los subsectores ver el listado completo en OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 28 de marzo 2001, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/sanaly_s.htm.

12. Otros servicios no incluidos en otros lugares

Se realiza a continuación una breve revisión del esfuerzo de unificación de criterios para la recopilación estadística en el sector de los servicios. Como se ha mencionado, el principal recurso de información estadística sobre el comercio internacional de servicios es la Balanza de Pagos (nacional), que mide los flujos de servicios correspondientes principalmente a los servicios transfronterizos y el consumo en el extranjero (Modos 1 y 2 del AGCS). La disponibilidad de información estadística del comercio de servicios sigue siendo limitada, algunos países desarrollados recogen e informan estadísticas de servicios a un nivel desagregado, mientras la mayoría de los PED solamente tiene información estadística rudimentaria sobre servicios comerciales en transporte, viajes y otros servicios⁸¹. Lo que conlleva a que los datos sobre las barreras al comercio de servicio estén también sujetos a cierta imprecisión⁸².

Los problemas estadísticos tienen como una de sus causas la falta de una clasificación uniforme, usada por todos los países para realizar las estadísticas, a la que se ha hecho referencia en párrafos anteriores. Frente a la necesidad de disponer de estadísticas sobre el comercio de servicios más comparables y completas, y a fin de buscar una concordancia entre los distintos sistemas de clasificación actualmente existentes, se creó en el 2003 el MSITS⁸³. El mismo fue revisado por el Equipo de Tareas Interinstitucional de Estadísticas del Comercio Internacional de Servicios⁸⁴; la nueva versión del Manual (MSITS 2010) fue aprobado por la Comisión de Estadísticas de Naciones Unidas⁸⁵. Su objetivo es orientar a los compiladores de estadísticas, funcionarios de los gobiernos y organismos internacionales para recopilar las estadísticas sobre el comercio internacional de servicios. Esta información estadística es usada para las negociaciones internacionales relativas al comercio de servicios. Uno de sus principales elementos es que contiene una clasificación detallada de las transacciones comerciales realizadas entre residentes y no-residentes. Esta clasificación está basada en la del BPM6 y en la Clasificación Conjunta OCDE/Eurostat sobre Comercio de Servicios; también se ajustan y establecen los vínculos con los

⁸¹ HOEKMAN y otros presentaron una detallada valoración de la necesidad de información en servicios. Vid. HOEKMAN, B., LOW, P. Y MAVROIDIS, P., "Antitrust disciplines and market Access negotiations: lessons from the telecommunications sector" (paper presented at the Conference on Competition Policies for an Integrated World Economy, Oslo, 13-14 June 1996).

⁸² Vid. STERN, R. M., "Quantifying Barriers to Trade in Services", en HOEKMAN, B., MATTOO, A., et al. (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington, World Bank, 2002, pp. 247-258, p. 256.

⁸³ Vid. NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, FONDO MONETARIO INTERNACIONAL et al., "Manual de Estadísticas del Comercio Internacional de Servicios", *op. cit.*

⁸⁴ Vid. UNITED NATIONS STATISTICAL COMMISSION, "Manual on Statistics of International Trade in Services 2010 (MSITS 2010)", *op. cit.* Elaborado por el Equipo de Tareas interinstitucional de estadísticas del comercio internacional de servicios. De conformidad con el mandato que la Comisión de Estadística, en su 32º período de sesiones, confió al Equipo de Tareas interinstitucional de estadísticas del comercio internacional de servicios a fin de que actualizara y revisara la versión de 2002 del Manual de Estadísticas del Comercio Internacional de Servicios.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 7.

conceptos y clasificación el SCN 2008⁸⁶. Otro elemento es que recomienda el uso de la Clasificación Central de Productos (CPC Version.2)⁸⁷ para la clasificación de productos o de la industria, donde los productos de servicios están aproximadamente clasificados en las secciones 5 a 9. Se recomienda también el empleo de Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas (CIIU, Rev.4)⁸⁸ para la clasificación de las actividades de las industrias. En la práctica, se incluyen como industrias (o actividades) de servicios principalmente las incluidas en las secciones G a S de CIIU Rev.4, con algunas excepciones en otras secciones.

El Manual de Estadísticas del Comercio Internacional de Servicios incluye también el tratamiento de la prestación local de servicios por medio de la presencia comercial extranjera. El Manual incluye un nuevo capítulo en el que se examinan los “modos de suministro” descritos en el AGCS con los que pueden prestarse los servicios, y presenta recomendaciones relativas al tratamiento estadístico de esos modos⁸⁹.

A pesar del esfuerzo de los organismos internacionales en lograr una unificación en la clasificación que ayude a mejorar las estadísticas en servicios, los problemas parecen no haber terminado, por ejemplo en el MBP6 del FMI el concepto de servicios es esencialmente el del Sistema de Cuentas Nacionales (SNA 2008) que se ha descrito⁹⁰, sin embargo dentro de los componentes de servicios BOP (comercio internacional de servicios entre residentes y no residente), viajes, construcción y bienes y servicios de gobierno, se incluyen algunas mercancías adquiridas por los viajeros, las empresas de la construcción, las embajadas o su personal extranjero. Por otra parte, bajo ciertas circunstancias el comercio internacional en mercancías puede indistinguiblemente incluir servicios tales como carga de seguros, contratos de mantenimiento, cargos por transporte, los pagos de los derechos y empaquetado.

⁸⁶ Vid. UNITED NATIONS STATISTICS DIVISION, "System of National Accounts 2008", *op. cit.*, disponible en <http://unstats.un.org/unsd/nationalaccount/docs/SNA2008.pdf>.

⁸⁷ Vid. UNITED NATIONS STATISTICS DIVISION, "Product Classification, Version 2.0", New York, UNITED NATIONS, 2008, http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/docs/CPCv2_structure.pdf, 31 de diciembre del 2008.

⁸⁸ Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas (CIIU), Rev.4, que fue oficialmente revisada el 11 de agosto del 2008 (en inglés ISIC), disponible en <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/isic-4.asp>.

⁸⁹ Vid. ONU, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Estadísticas del comercio internacional de servicios*, Nota del Secretario General, Comisión de Estadística, 41° periodo de sesiones, 23 a 26 de febrero de 2010, Doc. E/CN.3/2010/6, 8 diciembre 2009, p. 4, 10 ss.

⁹⁰ La balanza de servicios de la balanza de pagos recogerá todos los ingresos y pagos derivados de la compraventa de servicios prestados entre los residentes de un país y los residentes de otro, siempre que no sean factores de producción (trabajo y capital) ya que estos últimos forman parte de las rentas. Dos ejemplos de las actividades del servicio son venta al por mayor, al por menor, ciertas de reparación, servicios de hoteles y restaurantes, transporte, postales o correos, telecomunicación, financieros, de seguros, inmobiliarias, arrendamientos, relacionados con la informática, de investigación, profesionales, de comercialización, marketing y otros servicios de apoyo a las empresas, así como servicios gubernamentales, de educación, salud, sociales, saneamiento, de la comunidad, los audio-visuales, recreativos, culturales, personales, y domésticos.

El Equipo de Tareas Interinstitucional de Estadísticas del Comercio Internacional de Servicio cuenta con un programa de aplicación propuesto sobre la labor futura, consistente sobre todo en la elaboración de guías complementarias, el fomento de la capacidad estadística, y la mejora de la calidad de los datos, ente otros⁹¹.

B. La liberalización del comercio internacional de servicios

1. Factores que favorecieron la internacionalización y liberalización del comercio internacional de servicios

a. Transformaciones tecnológicas y económicas

Como se ha mencionado, al hablar de la evolución del concepto y naturaleza de los servicios y de sus características, los servicios tradicionalmente eran considerados “no tradeable” y por tanto no integraban el comercio internacional⁹². Comentaba FEKETEKUTY, “*The word trade connotes getting something from here- to there. The word services, interpreted through the prism of daily life, evokes an image of an activity that is bound by the here and now, an activity that requires producers and consumers to be at the same place at the same time*” (mientras el mundo del comercio implica el mover algo de aquí a allí, los servicios evocan la imagen de una actividad que es realizada en el aquí y ahora)⁹³, el comercio internacional de los servicios era poco reconocido y en muchos sectores el comercio estaba limitado a la inversión extranjera y al movimiento de trabajadores⁹⁴. Sin embargo, a partir de los años setenta se generó la transformación de una sociedad industrial a una sociedad de servicios⁹⁵ y los servicios han aumentado su participación en el comercio mundial desde los años 1980 tanto en PD como PED⁹⁶. Está claro ahora que muchos servicios pueden también comercializarse mediante el movimiento transfronterizo.

⁹¹ Vid. TASK FORCE ON STATISTICS OF INTERNATIONAL TRADE IN SERVICES, "Report of the Meeting of the Task Force on Statistics of International Trade in Services (TFSITS), 23-24 March 2010 (joint meeting with TF on merchandise trade: 25 March 2010)", ESCWA, 23 March, United Nations House, Beirut, 2010.

⁹² Vid. HOEKMAN, B., "Market Access Through Multilateral Agreement: From Goods to Services", *World Economy*, vol. 15, no. 6, 1992, pp. 707-728; LEJOUR, A. M. Y SMITH, P. M., "International Trade in Services—Editorial Introduction", *Journal of Industry, competition and Trade*, vol. 8, no. 3-4 2008, pp. 169-180. La no simultaneidad en su consumo y producción y no capacidad de almacenamiento, que afecta a muchas transacciones de servicios, hace que la proximidad física entre proveedores y consumidores sea necesaria y por tanto es necesaria que los factores de producción (capital y trabajo) se muevan.

⁹³ Vid. FEKETEKUTY, G., *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for negotiations*, *op. cit.*, Chapter Overview.

⁹⁴ *Ibid.*, Chapter Overview. Afirma también FEKETEKUTY que el problema conceptual de la comercialización de servicios desaparece cuando uno reconoce que varias formas de preservar la proximidad requerida entre productores y consumidores de servicios.

⁹⁵ UNCTAD Y WORLD BANK, "Liberalizing International Transactions in Services: A Handbook", *op. cit.*

⁹⁶ HUFBAUER, G. C. Y WARREN, T., "The Globalization of Services: What Has Happened? What are the Implications?", *op. cit.*, p. 4-5.

Muchos de estos cambios en el comercio de servicios han sido influenciados especialmente por el avance en las tecnologías de la información y en especial las telecomunicaciones. Esto determinó una interpretación más flexible de los servicios, especialmente sobre las características de simultaneidad en la producción y el consumo y la proximidad física. La revolución informática hizo posible producir información (para la prestación de unos servicios) en un país y ponerla a disposición del consumidor en otro país. Esto ha generado un incremento de los de servicios, fundamentalmente de los servicios de información⁹⁷ y de los servicios empresariales como servicios financieros, de seguros, ingeniería, contabilidad, consultoría, publicidad, relaciones públicas, servicios legales, investigación y desarrollo, investigación de mercado, gerencia, entre otros.

FEKETEKUTY afirma que el surgimiento de redes de telecomunicaciones intra-corporativas y el crecimiento del comercio de servicios basados en la información a través de estas redes ha sido la principal fuerza impulsora detrás de la mundialización de bienes y servicios. Esto ha permitido a las empresas globales racionalizar la producción interna de servicios y realizar su producción en instalaciones dispersas unas de las otras, sobre una base global⁹⁸. Como señaló BRAGA PRIMO, el impacto de la tecnología de la información en el comercio internacional de los servicios no se limita a la viabilidad de las prestación de servicios de larga distancia, también ha promovido la introducción de nuevos productos. Por ejemplo, los instrumentos financieros derivados, los sistemas informáticos de reserva de billetes para aerolíneas y telemedicina. Además se han producido cambios cualitativos en la prestación de los servicios existentes, por ejemplo la educación a distancia. La comunicación está también relacionada con la mejora de los incentivos para la especialización y “outsourcing” de las actividades de servicios⁹⁹, es cada vez más importante en el comercio global.

La revolución microelectrónica abrió también las puertas a una mayor competencia en la prestación de servicios de infraestructura. La tecnología informática permite a los proveedores de servicios de infraestructura compartir instalaciones de redes tales como cables o tuberías y coordinar la interconexión de redes independientes. Otros avances tecnológicos han creado modos

⁹⁷ Sobre estudios iniciales sobre la importancia de los servicios de información en el comercio de servicios, ver SAUVANT, K., "The Tradability of Services", en MESSERLIN, P. A. Y SAUVANT, K. P. (eds.), *The Uruguay Round: Services in the World Economy*, Washington, New York, World Bank and United Nations Centre of Transnational Corporation, 1990, pp. 114-121.

⁹⁸ FEKETEKUTY, G., "Trade in Services - Bringing Services into the Multilateral Trading System", *op. cit.*, pp. 79.

⁹⁹ Vid. PRIMO BRAGA, C. A., "The Impact of the Internationalization of Services on Developing Countries", *Finance & Development*, no. March, 1996, pp. 34-37.

alternativos o canales para la prestación de servicios de infraestructura, por ejemplo, los teléfonos móviles¹⁰⁰.

Otros factores determinantes para la expansión de los servicios según FRANCOIS¹⁰¹ están relacionados con factores que determinan el aumento de la demanda y cambios ligados al desarrollo de nuevos procesos de producción. La competitividad de las empresas de manufacturas en las economías abiertas está determinada en parte por el acceso a servicios de producción de bajo coste y alta calidad, como por ejemplo servicios de transporte, distribución, de intermediación financiera, telecomunicación, etc. La factibilidad de subdividir la cadena de producción, es decir de los procesos relacionados a la externalización de factores de la producción o “*outsourcing*” (llamadas también subcontratación, fragmentación, producción compartida), depende del acceso y el costo de dichos servicios, lo que ha permitido un mayor crecimiento del sector. Se afirma también que los cambios en la tecnología de producción han aumentado significativamente el rol y la participación de otras empresas en el proceso de producción, la creciente complejidad tecnológica y personalización de los productos ha llevado a las empresas concentrarse en sus actividades básicas y subcontratar muchos de los servicios de negocios¹⁰².

b. Contribuciones doctrinales sobre las formas en que se puede realizar el comercio internacional de servicios

En este análisis se busca destacar la importancia de las diferentes formas en que puede generarse una transacción internacional de servicios mediante un estudio de las diversas aportaciones doctrinales.

Estas aportaciones tuvieron su origen, en muchos casos, en las necesidades de la política comercial y confluyeron en la creación de una tipología de servicios, que fue incorporada con éxito en el AGCS. Cabe señalar que estos modos de suministros o prestación de servicios incluyen los servicios realizados a distancia y los servicios que permiten la relocalización temporal del proveedor; que no eran considerados servicios previamente. Estas dos formas de suministro de servicios son reconocidos por su potencial importancia el desarrollo del sector de los servicios, en particular en los PED.

BHAGWATI¹⁰³, que es uno de los impulsores de esta tendencia, explora algunas de las implicaciones de la necesidad de proximidad entre proveedores y consumidores para que la

¹⁰⁰ Vid. FEKETEKUTY, G., "Trade in Services - Bringing Services into the Multilateral Trading System", *op. cit.*

¹⁰¹ Vid. FRANCOIS, J. Y HOEKMAN, B., "Services Trade and Policy", University of Linz and CEPR, Working Paper No. 0903, March, 2009, p. 1.

¹⁰² Vid. FEKETEKUTY, G., *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for negotiations*, *op. cit.*

¹⁰³ Vid. BHAGWATI, J. N., "Splintering and disembodiment of services and developing nations", *op. cit.*

comercialización de servicios sea posible. Distingue dos tipos de interacciones para la comercialización de los servicios, e indica que es necesario establecer una distinción entre los servicios inseparables de la persona física –en tanto que en éstos se requiere la presencia física (de proveedores o consumidores) en el lugar en que se encuentre el usuario– y los servicios que son separables de la persona física y pueden ser prestados sin que sea necesario que esté físicamente presente el proveedor o consumidor¹⁰⁴. Explica de esta forma el proceso mediante el cual los servicios son desmaterializados o desprendidos de los bienes o personas como transportadores y argumenta que el CIS se expande como resultado de tal incentivo. De esta forma, los cambios tecnológicos han disminuido cada vez más la necesidad de proximidad como limitación para realizar el CIS y han generado un crecimiento del mismo¹⁰⁵. Al respecto existe doctrina más reciente que llama fragmentación a este proceso de “desprendimiento” de la cadena de producción a nivel geográfico en términos de resultados tangibles y de servicios¹⁰⁶.

SAMPSON Y SNAPE¹⁰⁷ realizaron también una importante aportación sobre las diferentes formas de realizarse el CIS en función de la presencia territorial del proveedor y del consumidor en el momento de la transacción, el movimiento transfronterizo de los servicios y establecimiento de una presencia comercial. Desarrollaron así una tipología del CIS basada en la proximidad de consumidores y proveedores, que fue incorporada en el AGCS. Estas tipologías comprenden: Modo 1 Comercio transfronterizo, Modo 2 Consumo en el extranjero, Modo 3 Presencia comercial y Modo 4 Presencia de personas físicas¹⁰⁸.

La imposibilidad de movilidad de los servicios es frecuentemente expresada diciendo que la prestación de los servicios requiere la proximidad del proveedor del servicio y el bien o la persona que lo recibe¹⁰⁹, por esta razón las transacciones de servicios son mucho más propensas a requerir alguna forma de movimiento internacional de factores que las transacciones internacionales de mercancías. Esto no significa que los factores de producción involucrados en la prestación de servicios tengan necesariamente que moverse al país del proveedor o el consumidor¹¹⁰, pero eso es lo que frecuentemente significa en la práctica. La regla general es que es necesario un flujo de los

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 101.

¹⁰⁵ *Vid.* FRANCOIS, J. Y HOEKMAN, B., "Services Trade and Policy", *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁶ *Vid.* FRANCOIS, J., "Trade in Nontradables: Proximity Requirements and the Pattern of Trade in Services", *Journal of Economic Integration*, 1990, pp. 31-46; BALDWIN, R. E. Y ROBERT-NICOUD, F., "Offshoring: General Equilibrium Effects on Wages, Production and Trade", NBER Working Paper No. 12991, March, 2007.

¹⁰⁷ *Vid.* SAMPSON, G. P. Y SNAPE, R. H., "Identifying Issues in Trade In Services", *op. cit.*

¹⁰⁸ Ver el párrafo 2 Art. I del AGCS, la explicación de los Modos de prestación de servicios en el apartado del capítulo sobre la regulación internacional del comercio de servicios y con mayor detalle la explicación de los modos de suministro en el Análisis del AGCS del capítulo II.

¹⁰⁹ Ver la explicación sobre la característica de proximidad entre proveedor y consumidor, p.

¹¹⁰ *Vid.* SAMPSON, G. P. Y SNAPE, R. H., "Identifying Issues in Trade In Services", *op. cit.*

factores para producir un mercado mundial integrado en servicios. Para HINDLEY¹¹¹ no cabe duda de que la mejora de la capacidad de movimiento internacional en factores de producción (trabajo y capital) relacionados con la prestación de los servicios podría permitir importantes ganancias económicas para PED y PD, pero existen dificultades sobre todo políticas para lograr este objetivo.

Existen excepciones a este criterio que no le quitan su importancia y generalidad. En este sentido, no todas las transacciones de servicios llama a una proximidad en el sentido de inmediatez geográfica, son los llamados “*tradable services*” en la terminología de BHAGWATI “*long distance services*”. Estos son servicios que pueden prestarse por un proveedor en un país A a un usuario en un país B sin la relocalización de ninguno de ellos, como por ejemplo las transacciones bancarias hechas informáticamente, operaciones por teléfono, fax correo. La idea de permitir el flujo de los factores de servicios no era popular durante la Ronda Uruguay ni por parte de los PD ni por los PED (el emplazamiento temporal de trabajadores extranjeros en PD por un lado y el establecimiento de proveedores extranjeros en PED por otro).

Como se ha visto, se suele hacer una diferenciación entre los servicios como productos finales y los servicios como *inputs*¹¹² o factores en la producción. Se ha argumentado también algunas veces que los servicios que son inputs en la producción de bienes comerciales no deben ser vistos como servicios comercializables. Se consideraba en este sentido que la transacción de comercio real, ocurría cuando el bien en sí mismo, en cual varios *inputs* de servicios son materializados, cruza la frontera nacional. Esta visión fue tomada por EEUU cuando fue el primero en poner la cuestión de los servicios en la agenda de la Ronda Uruguay. Argumentaban que las negociaciones debían estar limitadas al comercio de los servicios no factoriales, como son los servicios financieros, excluyendo por tanto los servicios que podrían ser vistos solamente como un input de la producción, como por ejemplo los trabajadores en la construcción¹¹³. Para los EEUU la liberalización podría ocurrir con respeto a los servicios no factoriales es decir, los que pueden ser comercializados en el sentido convencional de cruce de fronteras, como son los servicios de conocimiento y tecnología intensiva - en los que EEUU tenía una ventaja comparativa - pero no ocurriría lo mismo con respecto de los servicios de trabajo intensivo en que los PED podían tener una ventaja sobre los EEUU¹¹⁴. TREBILCOCK¹¹⁵ apunta también lo artificial de las distinciones

¹¹¹ Vid. HINDLEY, B., "The Principles in Factor-related Trade in Services", en MESSERLIN, P. A. Y SUAVANT, K. P. (eds.), *The Uruguay Round Services in the World Economy*, Washington, New York, World Bank and United Nations Centre of Transnational Corporation, 1990, pp. 12-19.

¹¹² Según la Real Academia de la Lengua Española, el término de origen anglosajón “input” es aceptado y tiene el significado de elemento de la producción; también está en revisión su eliminación. Vid. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., 2001.

¹¹³ Vid. HINDLEY, B., "The Principles in Factor-related Trade in Services", *op. cit.*, en pp. 13 ss.

¹¹⁴ Vid. TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., *The Regulation of International Trade*, *op. cit.*, pp. 20-21. MARCONINI, M., "The Uruguay Round Negotiation on Services: An Overview", en MESSERLIN, P. A. Y

entre servicios como productos finales o servicios como factores. La mayoría de los servicios que son frecuentemente descritos como productos finales son también importantes elementos de la producción. Como por ejemplo, el marketing y distribución de bienes, incluyendo los servicios financieros que dan el capital requerido para la producción, y los servicios de telefonía o contabilidad. Los llamados otros servicios comerciales son el grupo más grande de las industrias del sector servicios en muchos países, que son principalmente servicios intermedios.

NICOLAIDES¹¹⁶ en 1989 desarrolló también una definición de servicios que se acerca más a las formas en que la transacción de servicios se realiza, señala que los servicios deben ser pensados como un proceso. Intuitivamente se sabe que un bien es un objeto y que un servicio es un proceso. La definición de servicios debe enfocarse más en la cuestión del proceso que en el resultado. Los servicios para NICOLAIDES son un acuerdo o compromisos del proveedor de servicios para realizar ahora o en el futuro una serie de tareas en un periodo específico de tiempo hacia un particular objetivo. El resultado de un servicio no necesita producir un cambio en la condición del receptor¹¹⁷. Hay varias ventajas de percibir al servicio como una transacción que involucra una ejecución de tareas particulares. Primero, frente a la pregunta de si el servicio causa cambios en los consumidores, la respuesta es que no necesariamente tiene que resultar un cambio. Lo importante es el acuerdo para que el proveedor de servicios actúe de una manera particular. Segundo, permite que el requerimiento de simultaneidad y transitoriedad de la producción y el consumo sea excluido. Tercero, evita las dificultades lógicas de las definiciones de servicios que identifican solamente los cambios intencionados.

De esta forma, el clásico debate de sobre la naturaleza improductiva de los servicios fue finalmente reemplazado por el debate sobre la dinámica de productividad en servicios¹¹⁸.

c. *La teoría del libre comercio en el ámbito del comercio de servicios*

La aplicación de la teoría neoclásica de la ventaja comparativa y el libre comercio al ámbito del comercio de servicios fue aceptada y usada como fundamento en la creación del AGCS. Existen varios estudios sobre la aplicación de la teoría del comercio internacional en el comercio de

SUAVANT, K. P. (eds.), *The Uruguay Round Services in the World Economy*, Washington, New York, World Bank and United Nations Centre of Transnational Corporation, 1990, pp. 19-26.

¹¹⁵ Vid. TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., *The Regulation of International Trade*, op. cit., Chapter 12, "Trade in Services", p. 349.

¹¹⁶ Vid. NICOLAIDES, P., *Liberalizing Service Trade*, op. cit., p. 9-11.

¹¹⁷ Definición de HILL al hablar de cambios, conlleva un resultado final o efecto del servicio que no siempre es fácil de determinar o no van a producirse necesariamente (como por ejemplo son las PROFESIONALES o una póliza de seguro pero el efecto no es fácilmente identificable).

¹¹⁸ Vid. PETIT, P., "The political economy of services in tertiary economies", op. cit.

servicios, la mayoría está de acuerdo en que la teoría normativa de la ventaja comparativa puede ser aplicada al CIS y que se pueden obtener muchos beneficios de ella¹¹⁹.

A nivel de principios generales se ha señalado que no hay razón por la que la lógica de las ganancias obtenidas mediante la especialización y el comercio no se aplique a los servicios. Sin embargo, los factores que determinan la ventaja comparativa en servicios puede frecuentemente ser diferente de los que determinan la ventaja comparativa de las mercancías. Por ejemplo, el factor “natural”, es decir aspectos endógenos como la tierra y minerales, serán menos importantes que en el caso de muchos bienes, mientras que el factor “*man-made*” como el conocimiento y habilidades será un factor importante. Se afirma también que se debe ser cauto y no exagerar en estas diferencias, por ejemplo, los países con buen escenario natural pueden tener una ventaja en la exportación de servicios turísticos¹²⁰.

COPELAND¹²¹ examinó también las implicancias de la teoría estándar del comercio internacional y de la inversión en los beneficios y los costos de la liberalización del comercio en el sector de servicios, apunta también la forma en que es necesario seguir desarrollando los análisis teóricos para tratar con algunas de las cuestiones particulares en el comercio de servicios que difieren de los bienes. Basado en la definición de NICOLAIDES¹²² determina que para realizar un análisis de las ventajas y de los costes de comercio de los servicios y de liberalización de la inversión no se requiere un cambio del paradigma¹²³, sino que requiere en la práctica un cambio en el énfasis y un enfoque en nuevos tipos de preguntas que debe plantear la teoría estándar del

¹¹⁹ Vid. BHAGWATI, J. N., "Splintering and disembodiment of services and developing nations", *op. cit.*, pp. 133-143; HINDLEY, B., "The Principles in Factor-related Trade in Services", *op. cit.* . pp. 369-390; SAMPSON, G. P. Y SNAPE, R. H., "Identifying Issues in Trade In Services", *op. cit.* SAPIR, A., "The General Agreement on Trade in Services - From 1994 to the year 2000", *Journal of World Trade*, vol. 33, no. 1, 1999, pp. 51-66. DEARDORFF, A. V., "Comparative Advantage and International Trade and Investment in Services", en STERN, R. M. (ed.), *Trade and Investment in Services: Canada/US Perspectives*, Toronto, Ontario Economic Council, 1985, pp. 39-71.

¹²⁰ Vid. BHAGWATI, J. N., "International Trade in Services and its Relevance for Economic Development", *op. cit.* Ver también Chapter 14 y el resumen de estas cuestiones en DANIELS, P. W., *Services Industries in the World, IBG Studies in Geography Economy*, Oxford, Blackwell, 1993, pp. 1-23; BRYSON, J. R. Y DANIELS, P. W., *The handbook of service industries*, *op. cit.*

¹²¹ Vid. COPELAND, B. R., "Benefits and Costs of Trade and Investment Liberalization in Services: Implications from Trade Theory", en CURTIS, M. Y CIURIAK, D. (eds.), *Trade Policy Research 2002*, Government of Canada, Minister of Public Works and Government Services, 2002, pp. 107-218. La conceptualización de la teoría del comercio en servicios dada por COPELAND la hace teniendo como referencia la diferencia que tiene con los bienes. Vid. OECD, "GATS: The Case for Open Services Markets Complete Edition", en *OECD General Economics & Future Studies 2002*. En un reciente trabajo utilizan la misma conceptualización, vid. COPELAND, B. Y MATTOO, A., "The Basic Economics of Services Trade", *op. cit.*

¹²² Vid. NICOLAIDES, P., *Liberalizing Service Trade*, *op. cit.*, p. 119. NICOLAIDES define al servicio como un proceso, dice que es una transacción que conlleva un acuerdo para realizar ciertas tareas.

¹²³ Algunos problemas en el comercio de mercancías, tales como fiscales en la frontera, no son pertinentes en el comercio de servicios. Además, muchas cuestiones, como la movilidad laboral o de inversión, a pesar de que se producen en el comercio de mercancías, son fundamentales para el análisis del comercio de servicios.

comercio. Son varios los aspectos en que el comercio internacional de mercancías y el CIS pueden variar, y su estudio ayuda a determinar el tipo de enfoque y énfasis que deben dar la teoría estándar del comercio para tratar los servicios. Estos aspectos son principalmente:

- La intangibilidad de los servicios, una transacción de servicios no implica necesariamente un producto físico que cambie de manos.
- Existe la necesidad de una interacción física entre el cliente y el proveedor de servicios, razón por la cual una gran parte del comercio de servicios difiere del comercio de mercancías.
- En tanto que un servicio es un proceso, o un acuerdo de realizar ciertas tareas, a veces no se pueden distinguir o separar el servicio de los factores de producción usados para la producción de este mismo servicios. Esto se da, en tanto que muchos tipos de servicios no pueden incorporarse a un “bien”; por eso, muchas ofertas para liberalizar el CIS son ofertas sobre la movilidad del factor trabajo o de la inversión a través de las fronteras.
- Varios servicios son producidos o manejados, total- o parcialmente, por el sector público, tales como la educación, cuidado médico, seguridad, parques naturales, entre otros. El solapamiento y conflictos entre el suministro de servicios por el sector público o por el sector privado plantea un número de cuestiones que merecen un análisis propio.
- Las regulaciones domésticas son obstáculos más importantes para el comercio internacional en el sector de servicios que en el sector de las mercancías. Esto se debe en gran medida a que los servicios son considerados como un proceso más que un producto. En los servicios es más complicado determinar las regulaciones que afectan solamente a la producción de los servicios y cuáles al producto como tal. Esto hace más difícil a nivel internacional llegar a un acuerdo en el tipo o qué normativas deben afectar al servicio en una transacción internacional a diferencia que en el caso de las mercancías¹²⁴. Puesto que las regulaciones del proceso de servicios son diferentes en los países, los conflictos reguladores son inevitables¹²⁵.

Quizás las dos razones principales por las que los acuerdos comerciales en el sector de servicios están en gran medida retrasados respecto de los acuerdos para el comercio de mercancías

¹²⁴ En un régimen del comercio internacional, se pueden solucionar los conflictos si los países convienen que, cuando las mercancías cruzan las fronteras, los países receptores conservan el derecho de regular las características del producto que importan (por ejemplo en el sector de los automóviles mediante estándares de emisiones), pero no el proceso por el cual el bien es creado (serían por ejemplo reglas que requieren que los automóviles importados sean producidos por trabajadores que están conforme a las mismas leyes de trabajo que los trabajadores nacionales).

¹²⁵ De la problemática de la regulación de servicios se deriva un aspecto importante de nuestro trabajo, se analizará con más detalle este elemento diferenciador de los servicios en el apartado siguiente.

son: la importancia de la movilidad tanto de trabajo y de la inversión extranjera como parte de la prestación del servicio, y el papel de la regulación doméstica como impedimento comercial.

2. La liberalización del comercio internacional de servicios y los instrumentos legales internacionales

Durante la postguerra, muchos servicios eran altamente regulados o tenían monopolios estatales. La reforma en la regulación de los servicios en los años setenta y ochenta condujo a la eliminación o reducción de las limitaciones para la competencia en sectores tales como la telecomunicación y el transporte¹²⁶. Se inició una amplia política de privatización y reforma de la competitividad en todo del mundo, en los sectores de servicio claves. Se dio también un gran impulso al comercio internacional de servicios, y todo lo que podía generar un mayor potencial para su crecimiento, la reducción o eliminación de barreras de servicios se convirtió en una prioridad. Estos cambios se vieron reflejados en las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT, donde los PD impulsaron la liberalización de los servicios¹²⁷. También en otros escenarios internacionales se promovieron las negociaciones y la liberación del comercio internacional.

La liberalización del comercio de servicios implica dar un mayor acceso al mercado nacional para los proveedores de servicios extranjeros, mediante la reducción de las barreras. Como se ha visto, la naturaleza de los servicios es distinta a la de los bienes, y las barreras que los afectan son también diferentes y más complejas¹²⁸. El proceso de liberalización es, por tanto, también distinto que el de los bienes. Las barreras al comercio de servicios existen en cada uno de los 4 modos de prestación¹²⁹, y las principales barreras a los servicios son de naturaleza regulatoria¹³⁰. También existen casos de barreras que sin ser discriminatorias pueden afectar al comercio de servicios; éstas suelen ser también de contenido regulatorio.

Se afirma que el cambio hacia un régimen regulador no discriminatorio puede requerir cambios significativos en algunos sectores, particularmente, en los servicios públicos que suelen ser regulados mediante monopolios estatales y en el tratamiento de las inversiones extranjeras

¹²⁶ Vid. HOWSE, J., PRICHARD, R. S. Y TREBILCOCK, M. J., "Smaller or Smarter government", *University of Toronto Law Journal*, vol. 40, 1990, pp. 498-541.

¹²⁷ Vid. HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services, Economic Development and the Next Round of Negotiations on Services", *Journal of International Development*, vol. 12, no. 2, March, 2000, pp. 283-296

¹²⁸ Sobre la naturaleza de los servicios y los modos de prestación ver el apartado B.1 y sobre los tipos de barreras, y en particular sobre las barreras regulatorias al CIS ver el capítulo siguiente.

¹²⁹ Vid. HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services, Economic Development and the Next Round of Negotiations on Services", *op. cit.*

¹³⁰ El objetivo de la desregulación es reducir la cantidad total de la regulación estatal de un sector, mientras que el de la liberalización del comercio es asegurar que las regulaciones existentes no discriminan contra la participación extranjera en el mercado.

directas en servicios por las restricciones existentes¹³¹. Este cambio en el marco de regulación nacional está muchas veces impulsado por instrumentos jurídicos internacionales. En otros casos, estos instrumentos se hacen necesarios para reforzar las políticas de liberalización. En el proceso de liberalización de servicios, se suelen distinguir tres categorías de instrumentos legales internacionales¹³², que son el AGCS como único gran acuerdo multilateral, los Códigos y declaraciones de la OCDE, y los Acuerdos Comerciales Regionales (ACR).

El primer instrumento de amplio alcance es el AGCS, incluidos sus tres protocolos adicionales relativos al movimiento de personas naturales, telecomunicaciones y servicios financieros¹³³. Se incluyen también los documentos internacionales relacionados con el AGCS y las negociaciones, como son: las directrices para el listado de compromisos específicos sobre el comercio de servicios, las guías y procedimientos para la negociación del comercio de servicios¹³⁴ y las modalidades para el tratamiento de liberalización autónoma en servicios entre otros¹³⁵. También se incluyen el entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC¹³⁶, el documento sobre las normas de conducta para la aplicación del entendimiento de solución de diferencias de la OMC¹³⁷ y el acuerdo de Compras Públicas.

El AGCS constituye el marco para la liberalización progresiva de los servicios y las reformas de las regulaciones sectoriales. Este conjunto de normas está orientado a expandir el acceso al

¹³¹ Vid. HODGE, J., "Liberalization of Trade in Services in Developing Countries", *op. cit.*, pp. 221-222. Las *utilities* basadas en redes tales como electricidad, transporte, y telecomunicaciones han funcionado típicamente como monopolios públicos debido a los aspectos del monopolio natural de su producción y para perseguir el servicio universal mediante subsidios cruzados.

¹³² RAWORTH hace una distinción entre el acuerdo multilateral, acuerdos regionales y acuerdos sobre servicios en el marco de la OECD, *vid.* RAWORTH, P. M., *Trade in services: global regulation and the impact on key service sectors*, *op. cit.* ver capítulos dos, tres y cuatro, pp. 29-184. También son distinguidos en TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., *The Regulation of International Trade*, *op. cit.* pp. 353-358.

¹³³ Vid. OMC, *Segundo protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (servicios financieros)*, Doc. S/L/11, 24 de julio 1995; OMC, *Tercer protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (movimiento de personas físicas)*, Doc. S/L/12, 24 de julio 1995; OMC, *Cuarto protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (telecomunicaciones básicas)*, Doc. S/L/20, 30 de abril 1996; OMC, *Quinto protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (servicios financieros)*, Doc. S/L/45, 3 de diciembre 1997.

¹³⁴ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios, reuniones extraordinarias, el 28 de marzo de 2001*, Doc. S/L/93, 29 de marzo 2001.

¹³⁵ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Modalidades para el trato de la liberalización autónoma, Adoptadas por la Sesión Extraordinaria del Consejo del Comercio de Servicios el 3 de marzo de 2003*, Doc. TN/S/6, 10 de marzo 2003.

¹³⁶ Entendimiento sobre las normas y procedimientos que gobiernan la Solución de Diferencias, Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC. *Vid.* OMC, "The result of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations", *op. cit.*, pp. 354-380.

¹³⁷ Acuerdo de Marrakech *vid.* OMC, "Normas de conducta para la aplicación del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias", WT/DSB/RC/1, 11 de diciembre de 1996, 1996.

mercado del comercio internacional de servicios, y constituye a la vez un marco integrado para conducir las políticas relacionadas con las empresas de servicios orientadas a la actividad internacional. De esta forma, establece las bases de un régimen jurídico detallado para conducir los instrumentos de política nacional que afectan al comercio y la inversión de servicios¹³⁸. El AGCS llama a la liberalización progresiva del comercio de servicios, mediante las negociaciones de los compromisos nacionales. Sin embargo, una mayor apertura y mejores compromisos a nivel multilateral son difíciles, sobre todo, debido a las complicadas reglamentaciones domésticas de los países y a la falta de decisión política. Todo esto, a pesar de que tanto los PD como PED aceptan en términos generales la necesidad de las negociaciones multilaterales, por los altos niveles de protección que afronta el sector y los beneficios potenciales de la liberalización.

La segunda categoría de instrumentos, son los enmarcados en la OCDE y comprenden¹³⁹:

1. El Código de Liberalización de Operaciones Invisibles Corrientes,
2. El Código de Liberalización de Movimientos de Capital,
3. La Declaración de Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales,
4. Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados

Estos acuerdos son aplicados de forma general, aunque con alcance variado, al comercio de servicios, y solamente obligan a los Miembros de la OCDE; los Códigos son vinculantes, mientras la Declaración es más considerada como un acuerdo de caballeros.

El Código de Liberalización de Operaciones Invisibles Corrientes y el Código de Liberalización de Movimientos de Capital¹⁴⁰, constituyen normas de carácter obligatorio aceptadas por los Miembros de la OCDE. Estipulan obligaciones generales de liberalización progresiva y no discriminatoria sobre los movimientos de capitales, el derecho de establecimiento y las transacciones invisibles corrientes (especialmente servicios). Cualquier medida de no conformidad debe ser listada en la lista de reservas de cada país. Los códigos fomentan la liberalización unilateral de los contratantes mediante los exámenes de políticas nacionales y exanimaciones de los países, a diferencia del AGCS no se produce una negociación para la liberalización.

Estos códigos fueron adoptados inicialmente en 1961, pero van siendo revisados y ampliando su alcance. El Código de Liberalización de Movimientos de Capital es adaptado

¹³⁸ Los detalles sobre los principios y disposiciones del AGCS se analizaran en el capítulo III.

¹³⁹ Página web sobre instrumentos internacionales de inversión de la OCDE: www.oecd.org/daf/investment/instruments.

¹⁴⁰ *Vid.* OECD, "OECD Code of Liberalisation of Capital Movements", OECD Publishing, Paris, 2013. El código se actualiza regularmente por las decisiones del Consejo de la OCDE.

regularmente mediante las decisiones del consejo de la OCDE, la última edición del 2010¹⁴¹ y constituye un manual sobre las obligaciones de los Miembros. Presenta también el grado de liberalización alcanzada por cada Miembro en relación con los movimientos de capitales. La última edición del Código de Liberalización de Operaciones Invisibles Corrientes¹⁴², muestra todos los cambios en las posiciones de los Miembros actualizada por las decisiones del Consejo de la OCDE. Permite una comparación del grado de liberalización logrado por cada Miembro, respecto a las transacciones internacionales previstas en el código, incluidos los servicios relacionados con empresas, industrias y comercio exterior, transporte, seguros y pensiones, banca y finanzas, cine y televisión, viajes y turismo.

Los principales principios plasmados en los códigos son los siguientes¹⁴³:

Status quo: Los Miembros de la OCDE acuerdan no introducir nuevas barreras, las reservas pueden ser reducidas o eliminadas, pero no agregadas o extendidas, y deben reflejar solamente las restricciones actuales existentes. El cambio de la regulación, salvo algunas excepciones, solamente puede dirigirse hacia una mayor liberalización.

Reducción paulatina (*rollback*): Implica que la liberalización es el objetivo principal de los códigos, incluso si los países Miembros pueden alcanzarla gradualmente mediante la supresión de las restricciones en el tiempo y según su situación individual. Las restricciones de capitales y servicios a la libre circulación que deciden mantener los Miembros son examinadas periódicamente. A pesar de no hacer uso de procesos coercitivos, se ha logrado una importante disminución de las restricciones en los últimos años.

Liberalización unilateral: Los códigos se fundamentan en que la liberalización es el interés de cada país y una ventaja para los socios comerciales. Se considera que no es necesaria la conexión inmediata de la liberalización propia con la liberalización de otros países. En los últimos años, parece que este enfoque de liberalización unilateral está funcionando más que la liberalización multilateral¹⁴⁴, tanto en PD como PED. A pesar de esta afirmación, las semejanzas regulatorias y comerciales de los países integrantes de la OCDE han facilitado el proceso de liberalización basado en la cooperación.

No discriminación: Los Miembros deben conceder el beneficio del acceso al mercado a todos los otros Miembros sin distinción y por igual, las restricciones deben también aplicarse a todos de la misma manera. No se aceptan reservas a la discriminación o al principio de nación más

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Vid.* OECD, "OECD Code of Liberalisation of Current Invisible Operations", OECD Publishing, Paris, 2013.

¹⁴³ *Vid.* OECD, "OECD Code of Liberalisation of Capital Movements", *op. cit.*, p. 11-12.

¹⁴⁴ Basado en el enfoque de negociaciones y acuerdos mediante concesiones mutuas, bajo el enfoque de "dar para recibir".

favorecida. La única excepción a esta regla refiere a medidas adoptadas en virtud de un sistema especial de integración regional, como es el de la Unión Europea.

Transparencia: Implica que la información sobre las barreras a los movimientos de capitales y el comercio de servicios en los países de la OCDE debe ser completa, actualizada, comprensible y accesible para todos. Los códigos exigen a los países Miembros de notificar todas las medidas y las modificaciones de estas medidas, que afecten a cualquiera de las transacciones de los códigos. Deben reflejar estas medidas con la mayor precisión posible en las listas de reserva de país, para estar seguro de que no existen restricciones excepto para aquellos que aparecen en las listas de reserva. Finalmente, se establece el uso público de la página web y las publicaciones impresas de las versiones actualizadas de los Códigos.

El marco de la OMC el AGCS incluye las áreas cubiertas por los Códigos, ambos promueven la liberalización, sin embargo, son distintos especialmente en dos aspectos: el AGCS tiene el enfoque “bottom-up”¹⁴⁵ para los compromisos individuales de los Miembros, mientras el enfoque de los códigos es de “top-down”. En el AGCS es fundamental alcanzar sus metas mediante las rondas de negociación en vez de una liberalización unilateral¹⁴⁶. Se apunta que las obligaciones de ambos instrumentos son diferentes pero compatibles, los Miembros de la OCDE ven a los instrumentos como dos enfoques de la liberalización complementarios¹⁴⁷.

La importancia de los códigos ha disminuido desde la creación del AGCS y también en que las características particulares señaladas arriba, así como el hecho de que ellos tienen, potencialmente, una aplicación más amplia, en tanto que estas dos últimas características llevan a su continuidad¹⁴⁸. Esta continuidad está guiada también por el interés de los Miembros de la OCDE en mantener a la Organización como impulsadora de una liberalización más amplia en el comercio de servicios e inversión en servicios.

Según la OCDE, “hay muchas maneras en que los códigos pueden seguir promoviendo la liberalización equilibrada no sólo dentro de OCDE, sino también con su participación dentro de la OMC y como un foro más amplio dentro del G8 (y ahora G-20) para discutir sobre las normas y

¹⁴⁵ El enfoque “bottom-up” (de abajo hacia arriba) significa que los países pueden elegir dentro de la cobertura general del AGCS aquellos sectores en los que deseen hacer compromisos. La negociación de compromisos implica que el progreso hacia la liberalización se logra a través de concesiones mutuas, a veces a través de diferentes sectores de servicios.

¹⁴⁶ Vid. OECD, "OECD Code of Liberalisation of Capital Movements", *op. cit.*, p. 15-16.

¹⁴⁷ El Comité examinó la cuestión de la coexistencia y compatibilidad entre el AGCS y los Códigos en el 1994, *vid.* OECD, "OECD Codes of Liberalisation USER'S GUIDE", OECD, Paris, 2008, Appendix 2.

¹⁴⁸ Vid. RAWORTH, P. M., *Trade in services: global regulation and the impact on key service sectors*, *op. cit.*, p. 75.

mejores prácticas relacionadas con los movimientos internacionales de capital y la integración de los mercados financieros”¹⁴⁹.

La Declaración de Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales es el compromiso político realizado por los Miembros de la OCDE para mejorar el clima de la inversión y animar la contribución positiva que pueden generar las empresas multinacionales. Busca también la minimización y resolución de las dificultades que puedan resultar. La declaración fue firmada en 1976 y está sujeta a revisiones periódicas¹⁵⁰. Contó con la participación, de 33 Miembros de la OCDE y de otros 9 países, Argentina, Brasil, Egipto, Estonia, Letonia, Lituania, Noruega, Perú y Rumanía. La declaración incluye como principales elementos el tratamiento nacional no menos favorable, las guías para las empresas multinacionales, especificaciones en caso de existir requisitos contradictorios en las regulaciones nacionales para las empresas multinacionales y sobre los incentivos y desincentivos a la inversión internacional, apelando a la transparencia.

La Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados¹⁵¹, establece normas legalmente vinculantes para criminalizar el cohecho de empleados públicos en transacciones de empresas transnacionales. Es el primer instrumento internacional contra la corrupción enfocado desde el lado de quien paga el soborno. Ha sido adoptada por los 34 Miembros de la OCDE y cuatro países no miembros, Argentina, Brasil, Bulgaria y Sudáfrica.

Una recomendación relacionada busca poner fin a la práctica de deducibilidad de impuestos por pagos de sobornos hechos a oficiales extranjeros¹⁵². En el 2009 se adoptó la recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales¹⁵³, el objetivo es fortalecer la capacidad de los Miembros para prevenir y actuar en el caso de sobornos en el extranjero.

La tercera categoría de instrumentos internacionales se refiere a acuerdos de integración comercial sobre servicios, de carácter bilateral o plurilateral. Estos acuerdos de integración económica se realizan mayormente entre naciones con ciertas afinidades o con intereses económicos comunes, suelen ser referidos como acuerdos comerciales regionales (ACR). En

¹⁴⁹ Vid. OECD, "OECD Codes of Liberalisation USER'S GUIDE", *op. cit.*, p. 17.

¹⁵⁰ Una revisión importante se realizó en el 2000 y en el 2010 se inició una posterior actualización de las guías que se finalizó en el 2011. Vid. OCDE, "Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales - Revisión 2011", OECD Publishing, 2013

¹⁵¹ Vid. OECD, "Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados", adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997.

¹⁵² Vid. OECD, "Recomendación del Consejo Sobre Medidas Fiscales para Combatir más a Fondo el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales", Working Group on Bribery in International Business Transactions, adoptada por el Consejo el 26 de noviembre del 2009.

¹⁵³ *Ibid.*

general los ACR han crecido mucho y los acuerdos regionales con disposiciones referidas al comercio e inversión de servicios han crecido mucho más rápido recientemente, especialmente desde el inicio de las negociaciones de la Ronda de Doha de la OMC¹⁵⁴.

Los servicios ya fueron incluidos en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE)¹⁵⁵ y también los incluyó el Acuerdo de Libre Comercio de Canadá – Estados Unidos de 1989 y el Acuerdo de Libre Comercio de Canadá – México – Estados Unidos de 1994 (ALCAN o NAFTA). Estos dos últimos han servido como modelos tradicionales para otros acuerdos regionales¹⁵⁶. Otros acuerdos tempranos que sirvieron también de modelos son los del Mercado Común del Sur (Mercosur) y Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ANSA o ASEAN), sin embargo la arquitectura y nivel de liberalización adoptada los acuerdos en el sector de los servicios es muy variable¹⁵⁷.

Se afirma que en tanto que el AGCS está aún incompleto por las negociaciones pendientes en varias áreas, los acuerdos regionales vinculados con los servicios se convierten en importantes iniciativas, según MATTOO Y SAUVÉ, estos acuerdos dan lecciones de política en algunas negociaciones comparables a las del GATS y en la dinámica de toma de decisiones¹⁵⁸. En algunos sectores, los ACR pueden tener un rol muy útil y puede ser más fácil de desarrollar un criterio común para el reconocimiento de equivalencia de regulaciones y normas técnicas, como en los sectores de la construcción y servicios profesionales. Normalmente están sujetos a regulaciones nacionales que deben cumplir y pueden establecer un criterio restrictivo para determinar la

¹⁵⁴ Vid. MARCHETTI, J. A. Y ROY, M., "Services liberalization in the WTO and in preferential trade agreements", en MARCHETTI, J. A. Y ROY, M. (eds.), *Opening markets for trade in services : countries and sectors in bilateral and WTO negotiations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 61-112, en pp. 102-107. Ver también el conjunto de datos sobre los compromisos relativos a los servicios en los acuerdos comerciales regionales (ACR).

¹⁵⁵ Parte de los Tratados de Roma firmados el 25 de marzo de 1957 por Alemania Federal, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, y los Países Bajos.

¹⁵⁶ Para otros estudios sobre diversos acuerdos regionales sobre servicios, *vid.* entre otros ROY, M., MARCHETTI, J. Y LIM, H., "Services liberalization in the new generation of preferential trade agreements (PTAs): how much further than the GATS?", *World Trade Review*, vol. 6, no. 2, 2007, pp. 155-192, p. 157; FINDLAY, C. Y STEPHENSON, S., "Services in Regional Trading Arrangements", en MACRORY, P. F. J., APPLETON, A. E., et al. (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer, 2005, pp. 293-312; MATTOO, A. Y FINK, C., "Regional Agreements and Trade in Services: Policy Issues", *Journal of International Economic Law*, World Bank, Policy Research Working Paper 2852, June, 2002; KUWAYAMA, M., LIMA, J. D. Y SILVA, V., "Bilateralism and Regionalism: Re-establishing the primacy of Multilateralism a Latin American and Caribbean Perspective", *Serie comercio internacional*, CEPAL, Division of International Trade and Integration, 58, diciembre de 2005, Santiago de Chile, 2005.

¹⁵⁷ Vid. FINK, C. Y MOLINUEVO, M., "East Asian Free Trade Agreements in Services: Key Architectural Elements", *Journal of International Economic Law*, vol. 11, no. 2, 2008, pp. 263-311; ROY, M., MARCHETTI, J. Y LIM, H., "Services liberalization in the new generation of preferential trade agreements (PTAs): how much further than the GATS?", *op. cit.*; STEPHENSON, S. M., "Regional versus multilateral liberalization of services", *World Trade Review*, vol. 1, no. 02, 2002, pp. 187-209.

¹⁵⁸ Vid. MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Regionalism in Services Trade", en MATTOO, A., STERN, R., et al. (eds.), *A Handbook of international trade in services*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 221-286, p. 223.

equivalencia de las cualificaciones para estos servicios¹⁵⁹. La relación con de los ACR de servicios con el sistema multilateral está en debate¹⁶⁰, algunos optimistas afirman que los ACR serán un “*building block*” para el sistema multilateral. Fundados en la débil naturaleza discriminatoria de estos acuerdos y con excepción de la liberalización en el modo 4 de servicios, donde hay mayor discriminación debido a las reglas de origen. Otra excepción a este optimismo está en la cooperación regulatoria de carácter preferencial, por su propia naturaleza lleva a la discriminación¹⁶¹.

Respecto de las principales disciplinas desarrolladas sobre servicios en la mayoría de ACR, son en general muy similares a las del AGCS, ellas fueron negociadas en el mismo momento, son así procesos interrelacionados. Las áreas de mayor convergencia entre los niveles regionales y multilaterales son las relacionadas con el alcance de cobertura, en las disciplinas de transparencia, tratamiento nacional y nación más favorecida (NMF), en los servicios públicos se tiende a definir la norma, en disciplinas sobre pagos y transferencia, monopolios y proveedores exclusivos de servicios, excepciones generales y solución de diferencias entre estados, también existen similitudes respecto el uso de disciplinas específicas para determinados sectores. Se observa menor convergencia en áreas de negociación que han tenido recurrentes problemas en el ámbito del AGCS. Esto incluye asuntos como restricciones cuantitativas no discriminatorias, reglamentación doméstica, salvaguardas de emergencia y subsidios¹⁶².

Los Acuerdos de Libre Comercio (ALC) no son el único tipo de ACR¹⁶³, pero sí los que tienen un mayor impulso, se ha afirma que los ALC, también en los aspectos vinculados con el comercio, son ahora los principales referentes legales internacionales para los nuevos retos de la a liberalización del comercio de servicios¹⁶⁴, marcando distancias con el AGCS que se ha

¹⁵⁹ Vid. entre otros STEPHENSON, S. M., "Regional versus multilateral liberalization of services", *op. cit.*; MARCHETTI, J. A. Y ROY, M., "Services liberalization in the WTO and in preferential trade agreements", *op. cit.*; FINK, C. Y JANSE, M., "Services provisions in regional trade agreements: stumbling or building blocks for multilateral liberalization?", en BALDWIN, R. Y LOW, P. (eds.), *Multilateralizing regionalism*, Cambridge University Press, 2009.

¹⁶⁰ Vid. FINK, C., "Preferential trade agreements in services: friends of foes of the multilateral trading system?", en MARCHETTI, J. A. Y ROY, M. (eds.), *Opening markets for trade in services: countries and sectors in bilateral and WTO negotiations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 113-148.

¹⁶¹ Vid. FINK, C. Y JANSE, M., "Services provisions in regional trade agreements: stumbling or building blocks for multilateral liberalization?", *op. cit.*

¹⁶² Para un mayor detalle sobre el desarrollo de las disciplinas en los ACR y su relación con el AGCS, ver entre otros MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Regionalism in Services Trade", *op. cit.*, p. 239-246.

¹⁶³ También existe una rápida proliferación de tratados bilaterales de inversión, cuyas obligaciones suelen ser coincidentes con las establecidas en el AGCS, *vid.* ADLUNG, R. Y MOLINUEVO, M., "Bilateralism in Services Trade: Is There Fire Behind the (Bit-) Smoke?", *Journal of International Economic Law*, vol. 11, no. 2, 2008, pp. 365-409.

¹⁶⁴ Se refiere en especial a los nuevos mecanismos del derecho internacional económico para afrontar las barreras que operan “detrás de la frontera”, impulsando cambios en las regulaciones domésticas económicas y sociales.

estancado¹⁶⁵. No todos los ALC incluyen un capítulo sobre servicios e inversión, ellos operan donde cada parte tiene algo que ganar de la liberalización; en algunos casos los países aceptan el capítulo de servicios a fin de obtener el acceso al mercado en otro sector o para beneficiarse de recibir el capital y experiencia técnica. Los ALC presentan la oportunidad de perseguir el acceso a ciertos sectores prioritarios o incluso de cambiar de cambiar la carga dentro de estos sectores en caso de que se deseen conserva medidas regulatorias restrictivas.

Los compromisos en los ALC suelen ser un amplio alcance. Los servicios generalmente no son definidos en el acuerdo, excepto que se refieran a los acuerdos prestados en el ejercicio de la autoridad gubernamental, al igual que el AGCS. Cubre todos los aspectos de los modos de prestación. La estructura de los ALC para los servicios varía del AGCS, especialmente por la adición de un capítulo sobre inversiones¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Vid. ARUP, C., "Services and Investment in the Free Trade Agreements: Liberalization, Regulation and Law", en BUCKLEY, R., LO, V. I., et al. (eds.), *Challenges to Multilateral Trade: the Impact of Bilateral, Preferential and Regional Agreements*, Kluwer Law International, 2008, pp. 163-183, p. 163.

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 166-167.

II. LA IMPORTANCIA Y LOS RETOS ACTUALES DEL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS

La importancia de los servicios en la economía y en el comercio internacional es significativa y varía en los diferentes países a nivel mundial según sus particulares características tecnológicas, disposición de capital, recursos humanos, decisiones de política, entre otras. Surgen también diferencias en el aporte de los servicios, según los sectores y modos de transacción. A pesar de la existencia de esta diversidad y de la insuficiencia de los datos sobre el comercio internacional de servicios, se puede realizar una valoración general sobre la evolución del comercio de servicios y su situación actual, se analizan a continuación algunos elementos principales de dicha valoración.

A. La expansión de los servicios y el comercio internacional de servicios

Los PD a la vista de la expansión y crecimiento de los servicios en la economía nacional, especialmente a partir de los años ochenta, empezaron a preocuparse de manera creciente por alcanzar las oportunidades comerciales y de empleo que brindan los servicios, en áreas como servicios financieros, telecomunicaciones, transporte, servicios de computación y servicios profesionales¹⁶⁷. Según la UNCTAD¹⁶⁸, los servicios en los PD han pasado de constituir de un 65% del PIB en 1980 a un 75% del PIB en el 2007. Mientras que en los PED pasaron de un 45% a un aproximado 51%; incluso en los países menos adelantados (PMA) los servicios generan más del 42% del PIB. En este mismo sentido, según el Banco Mundial¹⁶⁹ el sector de los servicios, actualmente, constituye aproximadamente dos tercios del PIB de los PD y la mitad del PIB de los PED.

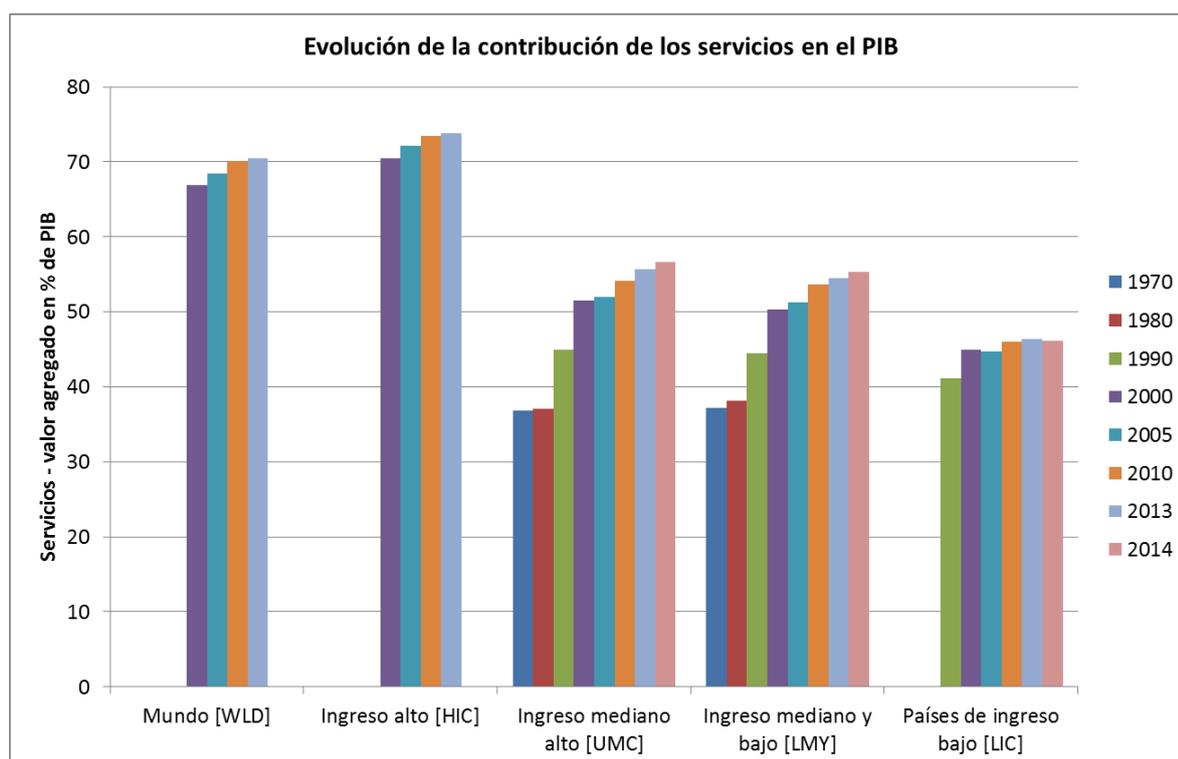
¹⁶⁷ Mientras que en los años ochenta y 90 los servicios en los PD ya comprendían un 50% a 60% del PNB en el año 2002 se señalaba que comprendía entre 60 y 80% en los PD y un y 60 % del PIB y empleo en los PED. Vid. SUAVANT, K. P., "The Tradability of Services", en P.A., M. Y P, S. K. (eds.), *The Uruguay Round Services in the World Economy*, Washington, New York, World Bank, United Nations Centre of Transnational Corporation, 1990, pp. 114-125, p. 117 y MCGUIRE, G., *Trade in services - market access opportunities and the benefits of liberalization for developing economies, Policy issues in international trade and commodities study series no. 19*, Geneva, United Nations - UNCTAD, 2002, p. 2.

¹⁶⁸ Vid. UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el desarrollo", *11º período de sesiones, 19 a 23 de marzo de 2007*, TD/B/COM.1/85, 2 de febrero 2007, Ginebra, 2007.

¹⁶⁹ Vid. las bases de datos del Banco Mundial, Indicadores clave sobre desarrollo del Banco Mundial (en los indicadores de política económica y deuda. <http://databank.worldbank.org/ddp/home.do#http://datos.bancomundial.org/tema/politica-economica-y-deuda>).

En el Gráfico 1 se presenta la contribución de los servicios en el PIB de diferentes grupos de países de acuerdo a sus ingresos¹⁷⁰. Del mismo se puede apreciar el crecimiento de la participación de los servicios en el PIB durante los años 1970-2014, tanto a nivel mundial como por grupos de países. También que se aprecia que mientras en los países de ingresos más altos (integrantes de la OCDE) la contribución es de un 74%, en los países de ingreso bajo continúa por debajo del 50% y su evolución no es muy significativa, a diferencia que lo se refleja en los países de ingresos mayores¹⁷¹.

Gráfico 1: Evolución de la contribución de los servicios en el PIB



Fuente: Elaboración propia, según datos del Banco Mundial¹⁷²,

En todo caso, actualmente, es ampliamente reconocida la importante contribución de los servicios al crecimiento económico de todas las naciones, en tanto que en los últimos 30 años la

¹⁷⁰ Según la clasificación del Banco Mundial, y considerando el rango de años entre 1970-2014.

¹⁷¹ Conforme a los datos del Banco Mundial sobre el valor agregado de servicios respecto a su porcentaje en el PIB de los países, el desagregado para los PED en el año 2007 es de 59.7% para los países de Ingreso medio alto, 45.7 % para los de Ingreso medio bajo y de 46.5% para los de Ingreso bajo. Mientras que en los PMA conforme a la clasificación de la ONU, el porcentaje de aportación de los servicios en el PIB es de 46.3% en el 2007 y 46,6% en el 2008.

¹⁷² Banco de datos mundial, Indicadores del desarrollo mundial. Disponible en <http://databank.bancomundial.org/data/reports.aspx?source=indicadores-del-desarrollo-mundial#>.

participación de los servicios en la generación de los ingresos nacionales ha crecido significativamente¹⁷³.

El sector de servicios es también importante en términos de su proporción en el empleo, los costes de la industria y su proporción en el total de la inversión extranjera directa¹⁷⁴. Las políticas del sector servicios pueden tener un efecto importante en el desarrollo económico por su incidencia en la productividad y el empleo¹⁷⁵. Los servicios contribuyen con la mitad del crecimiento del empleo en la Unión Europea desde 1995¹⁷⁶. También constituyen el principal proveedor de empleo a nivel mundial.¹⁷⁷ Según la CEPAL el sector de los servicios absorbe hoy en día el 70% de los trabajadores en las economías industrializadas, pero solo un tercio de ellos en las emergentes¹⁷⁸. Respecto a la productividad, inicialmente no se valoró la real importancia de los servicios en el crecimiento, considerando únicamente al sector financiero y de educación¹⁷⁹. Desde hace un tiempo ya se reconoce que otros servicios pueden tener influencia en el crecimiento como los servicios de telecomunicación que son cruciales para el intercambio de conocimiento, los servicios de transporte que afectan el costo de las mercancías y facilitan el movimiento de trabajadores, los servicios empresariales que reducen los costos de transacción, los servicios de distribución, que son un enlace entre productores y consumidores, los servicios de salud y educación, que son factores importantes en el capital humano¹⁸⁰. Los servicios son especialmente importantes en la producción

¹⁷³ Vid. entre otros: TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., "Trade in Services (Chapter 12)", en TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R. (eds.), *The Regulation of International Trade*, London - New York, Routledge, 2005, pp. 349-396, p. 348; FRANCOIS, J. Y HOEKMAN, B., "Services Trade and Policy", *op. cit.*, pp. 2-3; FRANCOIS, J. Y HOEKMAN, B., "Services Trade and Policy", *Journal of Economic Literature*, vol. 48, no. 3, 2010, pp. 642-692; HOEKMAN, B., "The GATS and Developing Countries: Why Such Limited Traction?", en CHANTAL, T. Y TRACHTMAN, J. P. (eds.), *Developing Countries in the WTO Legal System*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 437-455; HOEKMAN, B. M. Y KOSTECKI, M. M., "The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond. Chapter 10 Regional Integration" Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 346-369, p. 251.

¹⁷⁴ Varios economistas han realizado análisis sobre el rol de los servicios en este sentido. Para una recapitulación *vid.* FRANCOIS, J. Y HOEKMAN, B., "Services Trade and Policy", *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁵ Los servicios tradicionalmente se realizan mediante la intensiva mano de obra, tales como los servicios de construcción, educación, distribución, servicios de salud, etc. Por otro lado, la expansión de todos los sectores generan mayor productividad, lo que ayuda a su vez crear mayor empleo.

¹⁷⁶ Vid. KOX, H. Y RUBALCABA, L., "Analysing the contribution of business services to European economic growth", *Bruges European Economic Research Papers*, Bruges Colleges of Europe, 2007.

¹⁷⁷ OIT, "Tendencias Mundiales del Empleo 2014: ¿Hacia una recuperación sin creación de empleos?", Organización Internacional del Trabajo, Resumen Ejecutivo, Ginebra.

¹⁷⁸ Vid. CEPAL, "El comercio de servicios en los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI): Evaluación cuantitativa y normativa.", LC/L.2874, 10 de marzo, Santiago de Chile, 2008, p. 1.

¹⁷⁹ Vid. HOEKMAN, B., "Liberalizing Trade in Services: A Survey", *op. cit.*, p. 21.

¹⁸⁰ Vid. HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services Trade and Growth", World Bank, Development Research Group, Policy Research Working Paper 4461, January 2008, 2008, p. 3.

por su rol facilitador o función de insumo o “factor de la producción” lo que ha llevado a denominarlos como “servicios de producción”¹⁸¹.

La característica facilitadora de los servicios en la producción de otras actividades económicas posibilita un grado cada vez mayor de especialización, lo que aumenta la eficacia de la producción y puede reducir costes, aumentando así la productividad global¹⁸². El comercio de estos servicios, incluidas la subcontratación y la deslocalización, representa el 73% del comercio total de servicios de los países de la OCDE¹⁸³. De esta forma, el crecimiento de servicios en especial los servicios de producción es un determinante importante del crecimiento y desarrollo económico global¹⁸⁴.

1. La situación del comercio internacional de servicios

El CIS a nivel mundial (definido como la suma de las exportaciones e importaciones dividida por el valor del PIB), como se verá en detalle más adelante, pasa por un crecimiento continuado en valores absolutos, desde finales los años ochenta hasta la fecha. Si bien se vio fuertemente afectado con la crisis económica y financiera iniciada en el 2008, actualmente se ha regresado a una expansión del CIS con una ampliación de las exportaciones más rápida en los PED que en los PD, crecimiento va asociado a los avances en las tecnologías de la información y de las comunicaciones

Esta expansión se refiere a los dos canales de prestación de servicios en mercados internacionales: a los denominados servicios comerciales¹⁸⁵ y a las actividades de las filiales

¹⁸¹ El transporte, comunicación, servicios financieros, sustentan a otros grupos de empresas. La educación, salud, servicios recreacionales influyen la calidad de trabajo disponible de las empresas. Los servicios profesionales dan *expertise* especializada para implementar la competitividad de las empresas. La mayor porción del valor añadido de bienes y servicios deriva de los servicios considerados como inputs de la producción.

¹⁸² Vid. HOEKMAN, B., "Liberalizing Trade in Services: A Survey", *op. cit.*, p. 21. Gran parte del crecimiento de la productividad en los Estados Unidos desde 1995 es atribuible a la expansión de los servicios de distribución y los servicios financieros. Los avances de las tecnologías de la información y las comunicaciones y la desagregación de los procesos productivos dieron lugar a un rápido crecimiento de los servicios de intermediación o de producción.

¹⁸³ Vid. JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO, UNCTAD, *La evolución del sistema comercial internacional y del comercio internacional desde la perspectiva de desarrollo: Impacto de las medidas de mitigación de la crisis y las perspectivas de recuperación*, 57º período de sesiones, 15 a 28 de septiembre de 2010, Doc. TD/B/57/3, 13 de julio de 2010, pp. 8-9.

¹⁸⁴ Vid. FRANCOIS, J., "Trade in Nontradables: Proximity Requirements and the Pattern of Trade in Services", *op. cit.*, enfatizado en HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services Trade and Growth", *op. cit.*, p. 3. Se afirma que la demanda creciente de servicios de producción como insumos en la producción implica un crecimiento de la productividad global junto con un aumento de la proporción global de los servicios en empleo y valor añadido.

¹⁸⁵ Ver cita de la clasificación y estadísticas de los servicios en el capítulo I. 1 La categoría de servicios comerciales es definida como todo el comercio de servicios menos los servicios gubernamentales. Se dividen en servicios de transporte, de viaje y otros servicios comerciales, ver 5ta edición del Manual de

extranjeras en el sector de los servicios¹⁸⁶. En 1989 las exportaciones de servicios comerciales fueron aproximadamente US\$ 600 mil millones, un documento del GATT del mismo año resaltaba el rol central del sector de servicios en los crecientes mercados globalizados y apuntaba como el crecimiento de la exportación de servicios comerciales había sobrepasado el de los bienes manufacturados en el periodo 1988-89¹⁸⁷. En 1997, según estimaciones de la OMC, el comercio transfronterizo de servicios a nivel global, considerando redes de telecomunicación y movimiento de proveedores o consumidores alcanzó los a US \$ 1,300 mil millones en 1997 y 1, 480 mil millones en el 2000¹⁸⁸.

El CIS en el 2000, representaba ya más de un 20% del total del comercio transfronterizo y más de la mitad de las venta de filiales multinacionales¹⁸⁹, que seguía estando dominado por los países Miembros de la OCDE. Según el FMI, los servicios se han triplicado en la década comprendida entre 1994-2004¹⁹⁰. Mientras en 1994 el valor medio de la importación de servicios era de US\$ 550 mil millones en el 2005, incrementó a US\$ 1.500 mil millones; la importancia de la importación de servicios, se debe principalmente al incremento de la importación de servicios llamados otros comerciales y de producción (no incluidos los servicios de transporte ni viajes). En el 2004 la exportación de servicios comerciales creció un 18% sobrepasando los 2,000 mil millones¹⁹¹, en el 2007 ascendieron en US\$ 3,300 mil millones, con un crecimiento ese año del 19%¹⁹².

A pesar del gran crecimiento en relación a los últimos 20 años, no se puede dejar de lado la importante caída que enfrentó el comercio de servicios luego de la crisis del 2008. Según la OMC, se generó en el sector de los servicios la mayor bajada registrada (con datos desde 1980) para los

Balanza de pagos y DIVISIÓN DE ESTUDIOS ECONÓMICOS Y ESTADÍSTICA DE LA OMC, "La medición del comercio de servicios, módulo de formación para el Banco Mundial", *op. cit.*

¹⁸⁶ Ver lo explicado sobre el concepto de comercio de servicios y los problemas sobre aspectos estadísticos en el apartado I. A. 3 de este capítulo.

¹⁸⁷ Vid. GATT, *International Trade 1988-89 – Release Four - Pivotal Role of Services in expanding Merchandise trade and the development of Global Markets, Stressed in GATT Report*, Doc. GATT/1463, 5 September 1989, datos extraídos de GATT, "GATT Report International Trade 1988/89, Vol I", 5 septiembre, 1989.

¹⁸⁸ Vid. OMC, *Guide to the GATS - An Overview of Issues for Further Liberalization of Trade in Services*, Boston M/A, WTO/Kluwer Law International, 2001

¹⁸⁹ Vid. Hoekman HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services, Economic Development and the Next Round of Negotiations on Services", *op. cit.*

¹⁹⁰ Datos de la las estadísticas de Balanza de Pagos (BOP) del FMI. Estos datos se refieren a los servicios transfronterizos y a la información sobre la importación (datos de mejor calidad que la exportación). La importación agregada mundial en principio debe ser igual a la exportación agregada. Informe basado en 178 países. Vid. HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services Trade and Growth", *op. cit.*, p. 8.

¹⁹¹ Vid. WTO, *International Trade Statistics 2005*, Geneva, 2005, p. 2.

¹⁹² Vid. WTO, *International Trade Statistics 2008*, Geneva, 2008.

servicios¹⁹³. En el 2008 el comercio de servicios continuó creciendo, pero ya se apreció la desaceleración del crecimiento, alcanzando entre un 11 y 12% en los servicios comerciales, cuyas exportaciones ascendieron a US\$ 3,800 mil millones, mostró además un crecimiento menor que el comercio de bienes¹⁹⁴. En el 2009 las exportaciones mundiales de servicios comerciales descendieron en un total del 12% alcanzado los US\$ 3,335 mil millones, empezando en el 2010 una tendencia a la recuperación¹⁹⁵.

Según la UNCTAD¹⁹⁶, el comercio de servicios dentro de todo fue el menos afectado y su recuperación fue mayor que el comercio de mercancías. Los países en desarrollo en general no fueron muy afectados por la crisis, en tanto los más grandes siguieron creciendo en el comercio de los servicios, especialmente en los servicios empresariales. La crisis afectó sobre todo a los servicios estrechamente vinculados con el comercio de mercancías, como el transporte, mientras que los servicios empresariales casi no sufrieron cambios.

Si bien las exportaciones de servicios presentan un panorama bastante diverso entre los países, lo que hace difícil agrupar los resultados¹⁹⁷. Según los datos de la OMC, todos los países mostraron una recuperación a partir de la segunda mitad del 2009, actualmente existe un crecimiento sostenido del comercio de los servicios¹⁹⁸.

Se debe considerar, al hablar de la situación del comercio de servicios, que los datos pueden ser inexactos y que siguen existiendo limitaciones al comercio internacional de servicios que se ven reflejadas en su actividad, por ejemplo respecto de la importancia de los servicios en la economía

¹⁹³ Vid. OMC, "Informe del Comercio Mundial 2010: Comercio en Recursos Naturales", Geneva, OMC, 2010.

¹⁹⁴ Vid. OMC, "Informe sobre el Comercio Mundial 2009. Compromisos de política comercial y medidas de contingencia", *Estudios y Análisis*, Ginebra, OMC, 2009, p. 10, ver http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/world_trade_report09_s.pdf; UNCTAD, "Trade And Development Report: Responding to the global crisis Climate change mitigation and development", Report by the secretariat of the UNCTAD, UNCTAD/TDR/2009, September 7, UNITED NATIONS, 2009, p. 21; WTO, "World Trade 2008, Prospects for 2009", WTO, Press Release, PRESS/554, 23 March 2009, Geneva, 2009. Las exportaciones de servicios de las principales economías crecieron un 20% en el primer y segundo trimestre del 2008, una desaceleración importante en el tercer trimestre y una caída del 6% en el último trimestre. No obstante, el comercio consiguió todavía crecer más que la producción mundial, como suele ocurrir cuando el crecimiento de la producción es positivo. En cambio, cuando la producción crece menos, el comercio tiende a decrecer aún más, como se observó en 2009. Vid. OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2009*, Ginebra, 2009, p. 5.

¹⁹⁵ Vid. OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2010*, Ginebra, 2010, p. 6. Otros documentos hacen referencia a US\$ 3,312 mil millones y un porcentaje de caída del 13%. Vid. OMC, "Informe del Comercio Mundial 2010: Comercio en Recursos Naturales", *op. cit.*

¹⁹⁶ Vid. JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO, UNCTAD, *La evolución del sistema comercial internacional y del comercio internacional desde la perspectiva de desarrollo: Impacto de las medidas de mitigación de la crisis y las perspectivas de recuperación*, Doc. TD/B/57/3, 2010, *cit.*. Se señala en el informe que "La menor variabilidad del total de las exportaciones de servicios puso de relieve la relativa capacidad de resistencia del comercio de servicios a la crisis".

¹⁹⁷ Se han identificado los datos por países y regiones, a los que se hará referencia con más detalle al explicar la situación del comercio de servicios en los PED en el capítulo II.

¹⁹⁸ Vid. OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2014*, Ginebra, 2014.

interna. Estos continúan representado solamente un quinto del valor total del comercio mundial de bienes y servicios, según la OMC el comercio de servicios representa únicamente en alrededor del 20% de total del comercio mundial¹⁹⁹. En la OCDE, si bien las exportaciones e importaciones de servicios crecieron en un 55% a 60% entre 2000 y 2005, este crecimiento fue aproximadamente el mismo ritmo que para el comercio de mercancías²⁰⁰. Tomando como referencia la importación del comercio de servicios y considerando a todos los países, está en promedio equivale solamente un 12% del PIB²⁰¹. En particular en los PED se aprecia un declive de la proporción de la importación de los servicios en el PIB, si se comparan los datos de años 1994 y 2004²⁰². El mayor crecimiento de la exportación de los servicios comerciales se sigue apreciando en los países de ingreso alto, mientras que en los PED, especialmente los países de ingreso bajo el valor de las exportaciones, según los datos del 2007 y 2008, es comparativamente mínima.

Por otro lado, cabe recordar que si se añade a los servicios comerciales el valor de comercio de servicios de las empresas extranjeras afiliadas de las empresas multilaterales, la importancia de los servicios es mucho mayor²⁰³. En este sentido, la medida del comercio de servicios esta normalmente subestimada, ya que en las estadísticas de balanza de pago (principal fuente de datos sobre servicios) no registran o registran sólo parcialmente una gran proporción del comercio de servicios que se efectúa mediante el establecimiento de filiales ubicadas en el mercado de exportación, al igual que el movimiento natural de personas que no pasa a través de las fronteras aduaneras²⁰⁴. Los organismos internacionales empezaron a usar los datos estadísticos de las filiales

¹⁹⁹ La OMC hacía referencia a un 19% en el año 2007. *Vid.* WTO, *International Trade Statistics 2008*, *op. cit.* p. 5, BEAULIEAU, E., "Trade in Services", *op. cit.* p. 153, SNAPE, R. H., "The Principles in Trade in Services", en MESSERLIN, P. A. Y SUAVANT, K. P. (eds.), *The Uruguay Round Services in the World Economy*, Washington, New York, World Bank and United Nations Centre of Transnational Corporation, 1990, pp. 5 -11, SAUVANT, K., "The Tradability of Services", *op. cit.* en p. 117. OECD, "Statistics of International Trade in Services", OECD, Paris, 2007.

²⁰⁰ *Vid.* OECD, "International Trade in Services and Domestic Regulation", *Economic Policy Reforms: Going for Growth 2008*, March 2008, 2008p. 119.

²⁰¹ Según datos del Fondo Monetario Internacional (Anuario de Estadísticas de Balanza de Pagos y archivos de datos), y estimaciones del PIB del Banco Mundial y la OCDE. *Ver las bases de datos del Banco Mundial, Indicadores clave sobre desarrollo del Banco Mundial (en los indicadores de política económica y deuda.* <http://databank.worldbank.org/ddp/home.do#> <http://datos.bancomundial.org/tema/politica-economica-y-deuda>. Por ejemplo en Estados Unidos, la industria de servicios constituye la principal fuente de nuevos empleos en la economía, sobre todo por los servicios de distribución y servicios financieros, pero al mismo tiempo el comercio de servicios constituye solamente entre un 20 a 25% del total de su comercio internacional.

²⁰² *Vid.* HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services Trade and Growth", *op. cit.* p. 8. En base a las Estadísticas de Balanza de Pagos del FMI.

²⁰³ Los datos sobre los servicios comerciales están basados en las estadísticas de la balanza de pagos, que no incluyen las ventas en el extranjero de empresas afiliadas con participación mayoritaria de la empresa matriz (presencia comercial). Los datos sobre la balanza de pagos se comunican más tarde que los datos sobre el comercio de mercancías, razón por la cual la información preliminar sobre los servicios comerciales que figura en este informe es más incierta que la correspondiente al comercio de mercancías.

²⁰⁴ *Vid.* BEAULIEAU, E., "Trade in Services", *op. cit.* p. 154. La actual extensión del comercio de servicios puede ser mayor debido a la gran cantidad de rango de servicios no medidos, unido a este hecho

extranjeras en servicios de países desarrollados desde finales de los años noventa, para mejorar los datos sobre el comercio internacional de servicios²⁰⁵, y en particular para dar información respecto del modo 3 de prestación de servicios²⁰⁶.

Si bien esta información refleja la existencia de ciertas restricciones en la liberalización de los servicios, indican también la tendencia al crecimiento del comercio internacional de servicios. Los organismos internacionales, en base a este resultado y por decisión política, apuntan al fortalecimiento de sistema financiero internacional y por tanto apuntan al comercio de servicios en general como una forma de consolidar la salida de la crisis económica mundial.

La participación de los servicios objeto de comercio generados por los países en desarrollo está aumentado con gran rapidez. Las exportaciones de servicios de esos países aumentaron más del triple en el período comprendido entre 1997 y 2007. En 2010, las economías en desarrollo representaron el 31 por ciento de las exportaciones mundiales de servicios comerciales. En la tabla 1 se muestra la participación de las economías en desarrollo en el comercio mundial de servicios²⁰⁷.

está la invisibilidad e intangibilidad de la mayoría de los tipos de servicios; significa que incluso cuando ellos hacen movimientos trasfronterizos, los oficiales de aduana lo necesariamente tienen constancia de ello. *Vid.* FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", en MACRORY, P. F. J., APPLETON, A. E. Y., et al. (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer, 2005, pp. 802-953, en p. 802.

²⁰⁵ KARSENTY apuntaba que, si se considerara el ingreso bruto de las filiales extranjeras en el sector de los servicios, dicho ingreso ascendía a 822 mil millones en 1997. *Vid.* KARSENTY, G., "Assessing Trade in Services by Mode of Supply", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Center for Business and Government, Washington, DC, Brookings Institution Press, 2000, pp. 33-56, en p. 43-48.

²⁰⁶ Fueron extrapolados usando el porcentaje de estos países en el stock de IED mundial con información estadística de USA, Japón, Francia, Finlandia y República Checa. Se utilizaron datos estadísticos de 1998 proporcionados por la OECD, del ministerio de comercio de EEUU y de la UNCTAD. *Vid.* OECD, "Joint OECD/EUROSTAT Survey on the Activity of Domestic Firms and of Foreign Affiliates in the Service Sector: First Results", DSTI/EAS/IND/SWP(98), 16, October 1998, Paris, 1998; US DEPARTMENT OF COMMERCE, "Foreign Direct Investment in the United States, Survey of current business", June, 1998; UNCTAD, "World Investment Report 1998", Geneva, 1998, sobre el porcentaje de stock de IED.

²⁰⁷ *Vid.* OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO Y AYUDA PARA EL COMERCIO, *Taller sobre ayuda para el comercio y servicios Nota de antecedentes preparada por la Secretaría*, Doc. WT/COMTD/AFT/W/34, 29 de junio 2012, pp. 2 -3.

Tabla 1: Comercio de servicios comerciales por regiones y determinadas economías, 2008-2010

	Exportaciones		Importaciones	
	2010		2010	
	Valor (Miles de millones de dólares)	Participación en el comercio mundial (%)	Valor (Miles de millones de dólares)	Participación en el comercio mundial (%)
Economías en desarrollo	1.142	30,9	1.254	35,7
América Latina	127	3,4	158	4,5
Europa en desarrollo	54	1,5	29	0,8
África	85	2,3	139	4,0
Oriente Medio	97	2,6	184	5,2
Asia en desarrollo	780	21,1	743	21,2
Mundo	3.693	100,0	3.511	100,0
Economías desarrolladas	2.471	66,9	2.150	61,2
Comunidad de Estados Independientes	79	2,1	107	3,0
PMA (49)	19	0,5	55	1,6

Fuente: Secretaría de la OMC (WT/COMTD/W/18)

2. El comercio internacional de los servicios comerciales por categorías

Las categorías más generales de los servicios comerciales son los servicios de transporte, servicios de viaje y la categoría residual denominada otros servicios comerciales²⁰⁸. Como mencionan HOEKMAN Y MATTOO, la categoría otros servicios comerciales sigue representando más del 50% del valor total de las exportaciones mundiales de servicios, mientras que las categorías de servicios de viaje y de transporte corresponden a aproximadamente a un 25%²⁰⁹.

El comercio internacional de los llamados otros servicios comerciales, como son los servicios de telecomunicaciones, de construcción, servicios financieros, de seguros, computación, gastos de royalties de licencias, servicios empresariales, muestra un crecimiento sustancial y dentro de ellos están los subsectores más dinámicos de la economía, a excepción de los servicios

²⁰⁸ Ver la clasificación del Manual de Balanza de Pagos sobre servicios usada para las estadísticas del comercio de servicios.

²⁰⁹ Vid. HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services Trade and Growth", *op. cit.*, p. 7-8; OMC, "Informe del Comercio Mundial 2010: Comercio en Recursos Naturales", *op. cit.*, p. 27. Ver el cuadro sobre las exportaciones de servicios comerciales del 2009 por principales categorías.

financieros ellos representan solamente una pequeña fracción del total de servicio²¹⁰. Dentro del grupo resaltan los servicios empresariales, que se han convertido en la mayor categoría de importación y exportaciones de servicios en los PD desplazando a los tradicionales servicios de viajes²¹¹. Mientras que en los PED, ha habido un cambio en las principales categorías de servicios, de las tradicionales importaciones de servicios de servicios de viaje y servicios transporte se ha pasado hacia los servicios empresariales y servicios de producción. Los otros servicios comerciales no fueron gravemente afectados por la crisis económica a pesar de tener en el 2008 el crecimiento más bajo desde el 2002. Esta categoría de servicios demostró más resistencia a la crisis que los servicios del transporte y el sector del viaje²¹². Según la OMC, los servicios más resistentes a la crisis fueron los servicios de computación e información así como los *royalties* y tasas de licencias²¹³. Se realizaron varios estudios sobre el comportamiento de los servicios de tecnología de la información y telecomunicación profesionales, destaca el hecho de su mejor resistencia²¹⁴.

Dentro de los llamados otros servicios comerciales, el sector de servicios financieros es el más importante, la exportación de este sector tuvo una reducción muy significativa en su crecimiento en los años 2008 y 2009, y muestra una recuperación a partir del 2010²¹⁵. En el 2009 el declive de la exportación mundial de servicios fue en promedio del 15%²¹⁶. La disminución del comercio de otros servicios comerciales fue en gran medida debido al comportamiento que tuvo el sector financiero.

Los servicios de transporte internacional tuvieron un serio retroceso, siendo el sector más afectado por la crisis, en el 2009 la exportación mundial de servicios de transporte tuvo un caída enorme del 23%, sobre todo por la caída del transporte de flete de mercancía²¹⁷. Según la

²¹⁰ Según los datos extraídos de la base de datos de las Estadísticas de Balance de Pagos del FMI (Balance of Payments Statistics (BOPS)) mediante su base de datos en línea, <http://elibrary-data.imf.org/FindDataReports.aspx?d=33061&e=170784> e INTERNATIONAL MONETARY FUND, "Balance of payments statistics. Yearbook", Balance of Payments Division of Bureau of Statistics, vol. 60: part2/3, Washington D.C., 2009.

²¹¹ Vid. HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services Trade and Growth", *op. cit.*, p. 7-8.

²¹² Vid. OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2009*, *op. cit.*, p. 119.

²¹³ Vid. OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2010*, *op. cit.*, pp. 118, 119, 121.

²¹⁴ Vid. BORCHERT, I. Y MATTOO, A., "The crisis-resilience of services trade", International Trade Department, Poverty Reduction and Economic Management Network, Trade and Integration Team, Development Research Group, Policy Research Working Paper WPS4917, Washington, WORLD BANK, 2009. Sobre cómo se presenta la situación del comercio mundial de servicios luego de la crisis del 2007, ver el estudio realizado por el FMI, donde aparece un rápido crecimiento en los servicios de telecomunicación: INTERNATIONAL MONETARY FUND, "World Economic Outlook (WEO), Sustaining the Recovery", Washington, 2009; INTERNATIONAL MONETARY FUND, "World economic outlook: a survey by the staff of the International Monetary Fund", October 2009, Washington D.C., 2009, Chapter 1. Global Prospects and Policies, Box 1.5. From Deficit to Surplus: Recent Shifts in Global Current Accounts, p. 35-39.

²¹⁵ Vid. OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2010*, *op. cit.* pp. 120-121; OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2009*, *op. cit.*, p. 120.

²¹⁶ Vid. OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2010*, *op. cit.* p. 120.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 119.

Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA), en diciembre de 2008 el tráfico aéreo de mercancías fue un 23 % inferior a la de un año antes, debido sobre todo al fuerte descenso del 26 % en la región de Asia y el Pacífico²¹⁸. La demanda de servicios de transporte marítimo, principalmente el transporte de flete cayó considerablemente, debido al declive de la demanda global de bienes.

Los servicios de Viaje (de ocio y de negocios) fueron uno de los sectores más afectados por la crisis global y que presentaron también una rápida recuperación²¹⁹. En el 2009 las exportaciones de servicios de viaje decrecieron en promedio un 9%, lo que refleja la caída del turismo internacional²²⁰. La llegada de turistas internacional disminuyó tanto en el 2008²²¹ como en el 2009, y este año fue visto como “uno de los períodos más difíciles en la historia del turismo”²²². El número de llegadas de turistas internacionales cayó en 4,3% en el 2009, año que más acusó la crisis económica mundial²²³.

Según la UNCTAD, esta caída mostró que los turistas también cortaron su gasto medio en destino²²⁴. La disminución en las llegadas internacionales fue el más pronunciado en el 2009, coincidiendo con el período cuando la crisis financiera llegó a la economía real, como se reflejó en el aumento del desempleo y la caída de confianza de los consumidores. Según la Organización Mundial del Turismo (OMT), a partir del 2010 se evidenció una recuperación moderada de los servicios de viaje, con un incremento de 3-4% en el número de turistas internacionales²²⁵.

En el Gráfico 2 se muestra la tendencia de crecimiento de las exportaciones de servicios en los 1990 a 2013 según las principales categorías. Tal como se ha analizado, los denominados otros servicios comerciales han crecido más y a un ritmo más elevado que los servicios de viaje y de transporte.

²¹⁸ Vid. OMC, "Informe sobre el Comercio Mundial 2009. Compromisos de política comercial y medidas de contingencia", *op. cit.*, p. 5.

²¹⁹ Vid. OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2009*, *op. cit.*, p. 118. En cuanto al porcentaje de cambio en las exportaciones de servicios de viajes, según los datos de la OMC en la segunda mitad del año 2008 las exportaciones se desaceleraron con un descenso del 9% alcanzando en el último trimestre del año un descenso del 18 %.

²²⁰ Vid. OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2010*, *op. cit.*, p. 119.

²²¹ Vid. UNCTAD, "Trade And Development Report: Responding to the global crisis Climate change mitigation and development", *op. cit.*, p. 21.

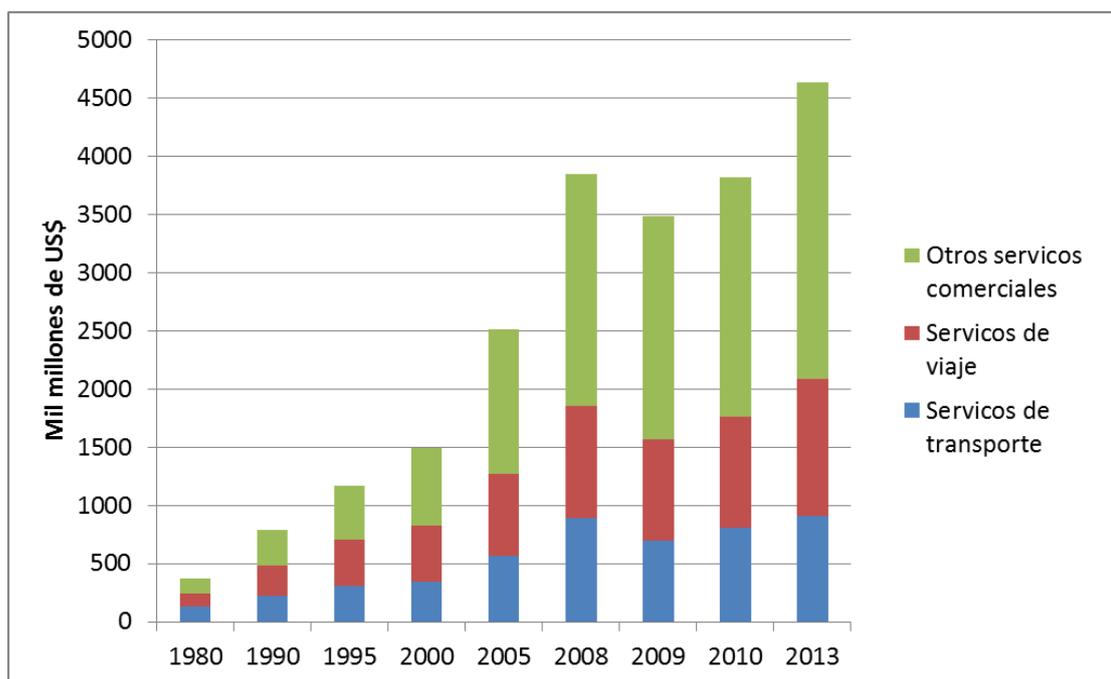
²²² Vid. WORLD TOURISM ORGANIZATION, *World Tourism Barometer*, vol. 8(1), January, Madrid, 2010. La Organización Mundial del turismo (OMT) hacía sus previsiones que el turismo internacional se estancara o incluso se contraiga en un 2% en el 2009. Vid. WORLD TOURISM ORGANIZATION, *World Tourism Barometer. Interim Update, April*, Madrid, 2009.

²²³ Vid. OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2010*, *op. cit.*, p. 119.

²²⁴ Vid. WORLD TOURISM ORGANIZATION, *World Tourism Barometer. Interim update, April*, Madrid, 2010.

²²⁵ Vid. WORLD TOURISM ORGANIZATION, *World Tourism Barometer*, vol. 7(3), Octubre, Madrid, 2009, p. 4.

Gráfico 2: Exportación de servicios comerciales 1980-2013



Fuente: Elaboración propia, según los datos de la OMC, Statistics database, Time Series, disponible en <http://stat.wto.org/StatisticalProgram/WsdbExport.aspx?Language=S>

La continua revolución tecnológica ha aumentado significativamente la comerciabilidad de muchos servicios, enfatizando la brecha entre los potenciales beneficios de la liberalización del comercio, no solo debido al efecto goteo de servicios y las actuales ganancias de dichos comercios. Entonces las normas que regulan al comercio internacional de servicios y el marco legal que permite y promueve una gradual liberalización de los sectores fueron y son elementos importantes en la agenda del comercio²²⁶.

Desde hace varios años, una importante parte del flujo de inversión a nivel mundial corresponde al sector de los servicios, tendencia que va crecimiento. Este flujo asciende, aproximadamente, a dos tercios del flujo mundial²²⁷. La IED de servicios es en realidad el principal protagonista del llamado comercio de servicios²²⁸ y constituye, a partir de los años ochenta, el

²²⁶Vid. PANIZZON, M. Y POHL, N., "Testing regulatory autonomy, disciplining trade relief and regulating variable peripheries : can a cosmopolitan GATS do it all?", en PANIZZON, M., POHL, N., et al. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum (World Trade Forum 2006)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 3-19, en p. 4.

²²⁷ Vid. UNCTAD, "World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development", New York and Geneva, 2007. http://www.unctad.org/sp/docs/wir2007overview_sp.pdf.

²²⁸ Vid. HOEKMAN, B. M. Y KOSTECKI, M. M., "The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond. Chapter 10 Regional Integration", *op. cit.*, p. 242. Afirma respecto a los servicios que "la mayoría de la acción gira en torno a la IED".

principal vehículo para el crecimiento de las transacciones internacionales de servicios en los países industrializados²²⁹. Los países de alto ingreso siguen dominado el volumen de IED, y por tanto, son los principales exportadores netos de servicios²³⁰. Si bien los servicios de *outsourcing*, realizados mediante el comercio trasfronterizo, crecen rápidamente, los servicios mediante las filiales extranjeras siguen siendo los dominantes. Tomando como base datos estadísticos sobre la importación y exportación de servicios de 1994²³¹, se aprecia que de todos los servicios, solamente las exportaciones e importaciones de los servicios de transporte fueron realmente mayores que la inversión de servicios²³².

La composición del flujo de inversiones en servicios ha presentado también un gran cambio en relación a los años setenta. Las inversiones en el sector financiero representaban en el 2003 un 45% mientras que en los años setenta representaban el 65% del total de existencias. En sentido inverso, la proporción de las inversiones de telecomunicaciones, de servicios de energía, y de servicios empresariales ha crecido del 17% al 44%²³³. De acuerdo con la UNCTAD, las telecomunicaciones, transporte y servicios de almacenamiento tienen el crecimiento más rápido de IED²³⁴.

La IED en servicios se refleja sobretodo en el comercio de servicios mediante filiales extranjeras (FATS)²³⁵. Actualmente existen pocos datos internacionales, o solo fragmentados, sobre esta forma de comercio de servicios. De acuerdo con la información disponible sobre los países OCDE, se estima que el valor de los servicios prestados mediante filiales extranjeras es por lo menos tan alto como el valor de las exportaciones o importaciones de servicios comerciales reflejados en la balanza de pagos²³⁶.

²²⁹ Vid. SAUVANT, K., "The Tradability of Services", *op. cit.*, p. 114.

²³⁰ Vid. BHAGWATI, J., PANAGARIYA, A. Y SRINIVASAN, T. N., "The Muddles over Outsourcing", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 18, no. 4, 2004, pp. 93-114.

²³¹ Vid. CHANG, P., KARSENTY, G., MATTOO, A. et al., "GATS, the modes of supply and statistics on trade in services", *Journal of World Trade*, vol. 33, no. 3, 1999, pp. 93-115; HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services Trade and Growth", *op. cit.*, p. 11.

²³² El rápido crecimiento de la IED en servicios es en parte el resultado de cambios en muchos países durante el final de los años ochenta y los años 90, tanto en la política de IED y la privatización en grandes empresas del sector de servicio. El volumen de la IED a nivel global ascendió a unos \$10 mil millones en el 2004, y en el 2009 a un aproximado de 17 mil millones (de los cuales aproximadamente un 60% corresponde al sector de los servicios)

²³³ Vid. UNCTAD, "World Investment Report: The Shift towards Services", Geneva, 2005; HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services Trade and Growth", *op. cit.* p. 12.

²³⁴ Vid. UNCTAD, "Back to Basics-Market Access Issues in the Doha Agenda", United Nations publication Geneva, 2003.

²³⁵ Vid. DIVISIÓN DE ESTUDIOS ECONÓMICOS Y ESTADÍSTICA DE LA OMC, "La medición del comercio de servicios, módulo de formación para el Banco Mundial", *op. cit.* p. 21.

²³⁶ Vid. OECD, "Measuring Globalisation, the Role of Multinationals in OECD Economies, Volume II, Services 200-2004", Paris, 2008. z countries. highlighting the increasing importance of multinationals in the economies of 23 countries for the period 2000-2004. 25 Apr 2008 (ver doc autores)

De acuerdo a datos proporcionados por la OMC, la ventas de FATS de empresas residentes en el 2007 en países de la OCDE ascendió aproximadamente a US \$ 2,000 mil millones, mientras que las ventas por filiales de empresas extranjeras en el mismo año fue de aproximadamente US \$ 1,800 mil millones²³⁷. En el caso de los Estados Unidos, las ventas de servicios por FATS han crecido más rápidamente que el comercio fronterizo en servicios desde mediados de los años noventa.²³⁸

B. La participación de los PED en el comercio internacional de servicios

En esta sección se presenta y analiza la evolución reciente y significancia del comercio internacional de servicios comerciales en los PED²³⁹. Se considera en términos generales el período comprendido desde los años 90 hasta el 2014, y información derivada de las transformaciones económicas ocurridas con las crisis financiera y económica mundial, a partir del 2009²⁴⁰.

La participación inicial de los PED en el comercio internacional de servicios (CIS) fue más bien tímida y particularizada, los PED que iniciaron la liberalización del comercio fueron aquellos que consideraron que podían beneficiarse del proceso de apertura por tener economías más grandes. Los servicios han ido adquiriendo cada vez mayor importancia en la economía, el empleo, y el comercio internacional en los PED. Actualmente, en muchos países, el porcentaje del crecimiento del PIB relacionado con el sector de servicios es cada vez más significativo (considerando el reducido tamaño relativo del sector de servicios en los PED), ya desde los años 90

²³⁷ Vid. OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2009*, op. cit. Evolución del comercio internacional en 2008, El comercio de servicios de filiales extranjeras Ver Caudro I,25 y I 26 pp. 31-32, http://www.wto.org/spanish/res_s/statis_s/its2009_s/its09_toc_s.htm
http://puck.sourceoecd.org/vl=2513572/cl=13/nw=1/rpsv/statistic/s21_about.htm?jnlissn=16081277

²³⁸ Otro dato importante en servicios es el del comercio transfronterizo considerado por las fusiones y adquisiciones de empresas (*cross-border M&A*) en el sector de los servicios es considerada en los datos sobre inversión de la UNCTAD. El informe sobre las inversiones del 2009 muestra que las fusiones y adquisiciones de empresas descendieron un 54% en el 2008. En los servicios financieros, el valor disminuyó un 73%, el único sector de servicios que no fue afectado fue el de los servicios empresariales que alcanzó un crecimiento de 2%. Vid. UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DE COMERCIO Y DESARROLLO, "Servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional, Nota de la secretaria", *Reunión multianual de expertos sobre servicios, del 17 a 19 de marzo de 2009*, TD/B/C.I/MEM.3/2, Ginebra, 2009, p. 17.

²³⁹ Los datos se han obtenido especialmente de los informes estadísticos del comercio internacional del 2010, 2011 y de la Base de datos estadísticos de la OMC http://www.wto.org/spanish/res_s/statis_s/statis_s.htm. La definición y clasificación de PED para este análisis, salvo mención expresa diferente, es la considerada en las notas técnicas de los informes mencionados y de la sección de estadísticas del sitio web de la OMC http://www.wto.org/spanish/res_s/statis_s/its2011_s/its11_metadata_s.pdf.

²⁴⁰ Las transacciones de servicios incluidas en la balanza de pagos, denominados habitualmente "comercio de servicios comerciales" (transporte, viajes y otros servicios comerciales), constituyen una medida del suministro de servicios realizados mediante los Modos 1, 2 y 4 previstos en el AGCS. Los servicios suministrados mediante establecimiento de presencia comercial en una economía extranjera (modo 3) no son tomados en cuenta, excepto en el caso de la partida de la balanza de pagos relativa a la construcción, en la que los pagos registrados se consideran imputables al comercio de servicios suministrados mediante los Modos 3 o 4.

los servicios representaban alrededor de la mitad del PIB de los PED²⁴¹. En términos de empleo, el sector de los servicios aporta en torno a un 35% en los PED²⁴².

En general, el ritmo de crecimiento del CIS en los PED es mayor que el de los PD²⁴³, por lo que su participación en la exportación e importación mundial de servicios es cada vez mayor²⁴⁴. En particular, en los años 80 y 90 el crecimiento del CIS en los PED fue mayor que el crecimiento en los PD (en los PED fue de un 8.3% comparado con un 6.9% de los PD), en tanto que el crecimiento de las exportaciones en el mismo período fue ligeramente menor en los PED.²⁴⁵

A partir de los años 2000, el crecimiento anual de las exportaciones mundiales de servicios comerciales se ha acelerado y aún más en el período 2006-2008, en este período el crecimiento fue más pronunciado en el caso de los PED. Lo mismo ocurre respecto de las importaciones en el mismo período, cuyo crecimiento en los PED fue de 19%²⁴⁶. Del total de 99 PED, 43 países presentaron un incremento en sus exportaciones de servicios superior a la media mundial y 54 países presentaron el mismo efecto respecto de sus importaciones²⁴⁷. La participación de los PED en la exportación mundial de servicios ha pasado del 20% en 2000 al 30% en el 2013²⁴⁸. Este crecimiento fue más notorio a partir del año 2004, impulsado por los exportadores más dinámicos ubicados en Asia²⁴⁹. En el 2008, las exportaciones mundiales de servicios en los PED representaban ya un 27% del total²⁵⁰.

²⁴¹ Vid. UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el desarrollo", *op. cit.*, p. 4.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Los PD son los que han mostrado un mayor crecimiento del comercio internacional de servicios en los últimos años. Estados Unidos y la Unión Europea en el año 2008 juntas constituyen el 60% de las exportaciones del mundo de los servicios comerciales. Esto a pesar de la importante desaceleración iniciada en el último trimestre del 2008 y la importante caída durante el 2009. Vid. OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2009*, *op. cit.*

²⁴⁴ Reconociendo que el sector de los servicios sigue siendo menos desarrollado en los PED, incluidas las economías emergentes, que en los PD.

²⁴⁵ Vid. MICHALOPOULOS, C., *Developing countries in the WTO*, New York, Palgrave, 2001, p. 15. Se aprecia también una diferencia en la actuación de los diferentes países por regiones, aunque no tan marcada como en el comercio internacional de mercancías. El CIS de los países de Asia fue creciendo más rápidamente, en tanto que el de África subsahariana fue el más lento, América Latina, Oriente Medio y el Mediterráneo se ubicaron en el medio respecto al crecimiento de su CIS

²⁴⁶ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010*, Nota de la Secretaría, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 21 de enero de 2010, p. 44.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 44 y 49.

²⁴⁸ Vid. UNCTAD, "Servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional", *Junta de Comercio y Desarrollo, Comisión de Comercio y Desarrollo, Reunión Multianual de Expertos sobre Comercio, Servicios y Desarrollo, Ginebra, 11 a 13 de mayo de 2015*, TD/B/C.I/MEM.4/8, Nota de la secretaria de la UNCTAD, 2015, p. 4; UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el desarrollo", *op. cit.*, p. 3.

²⁴⁹ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010*, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 2010, *cit.*, p. 20. Los datos

La crisis financiera y económica mundial en el CIS tuvo una incidencia negativa en el CIS de los PED. Estos países reflejaron un crecimiento negativo del CIS en el 2009, tanto en sus importaciones como exportaciones²⁵¹. A mediados de 2010 éstas ya se habían recuperado en los PED, continuando con el crecimiento.²⁵² Así las exportaciones de servicios de los PED presentaron una importante caída en el 2009, conforme se aprecia de la Tabla 2. Dentro de los 10 principales países, China, quinto país exportador de servicios del mundo y principal PED exportador, tuvo una caída de -12% respecto del 2008²⁵³. Corea fue el más afectado, con una reducción del -25% respecto al 2008. También tuvieron importantes caídas Rusia, Taipéi Chino, China, Polonia e India. En general las exportaciones de servicios de Asia mostraron una reducción interanual de 13% en el 2009.

En cuanto a las importaciones, China fue la excepción en la variación porcentual anual del 2009, la cual fue de 0, lo que significa que sus importaciones no bajaron ni subieron. Marruecos fue el único PED que notificó un aumento en las importaciones de servicios, mientras que la disminución de las importaciones de Brasil fue mínima, su variación porcentual anual fue de -1%²⁵⁴. Otros PED que presentaron importantes reducciones de las importaciones de servicios, estos

publicados en este documento proceden (salvo otra indicación) de los informes *Estadísticas del comercio internacional* de la OMC y de la *Base de datos estadística* de la OMC. Disponible en http://www.wto.org/spanish/res_s/statis_s/statis_s.htm.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 20; OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2011*, Nota de la Secretaría, Doc. WT/COMTD/W/181, 21 de octubre 2011, pp. 8, 30 y 33. Los datos publicados en estos documentos proceden (salvo otra indicación) del informe *Estadísticas del comercio internacional 2009* y de la *Base de datos estadística* de la OMC (http://www.wto.org/spanish/res_s/statis_s/statis_s.htm). Ver también UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DE COMERCIO Y DESARROLLO, "Servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional – Ampliación de las oportunidades comerciales de los países en desarrollo, Nota de la secretaria", *Reunión multianual de expertos sobre servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional del 6 a 8 de abril de 2011*, TD/B/C.I/MEM.3/8, 26 de enero 2011, Ginebra, 2011, p. 7.

²⁵¹ Ver los países y regiones seleccionados en el Apéndice – Cuadro 1: Comercio mundial de mercancías por regiones y por determinados países, 2009, en OMC, "Informe del Comercio Mundial 2010: Comercio en Recursos Naturales", *op. cit.*, p. 28. Nota: Los datos correspondientes a los 50 países que representan más de dos tercios del comercio mundial de servicios comerciales, disponibles a principios de marzo 2010, son datos provisionales relativos a todo el año; las estimaciones correspondientes a la mayoría de los demás países están basadas en datos relativos a los primeros tres trimestres. *Ibid.*, p. 29.

²⁵² *Vid.* OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2011*, Doc. WT/COMTD/W/181, 2011, *cit.*, pp. 35, 36 y 38. Se estima que la máxima caída se alcanzó en el primer semestre del 2009 con un 15%, recuperándose rápidamente y alcanzando un crecimiento de 19% en el segundo semestre del 2010

²⁵³ *Vid.* OMC, "Informe del Comercio Mundial 2010: Comercio en Recursos Naturales", *op. cit.*, pp. 27, 29 y 32.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 27. Cuadro 2: Exportaciones mundiales de servicios comerciales por regiones y por determinados países, 2009, p. 29 y Cuadro 5: Principales exportadores e importadores en el comercio mundial de servicios, 2009, p. 32.

fueron Ucrania (23%), Rusia, Corea, Egipto, Tailandia Sudáfrica, Israel, Hong Kong, Singapur entre otros²⁵⁵.

Tabla 2: Principales PED exportadores e importadores en el comercio mundial de servicios

EXPORTACIONES			Variación % anual		IMPORTACIONES			Variación % anual	
Exportadores	Valor	%	2009	2010	Importadores	Valor	%	2009	2010
China (a)	129	3,9	-12	32	China	158	5,1	0	22
India	86	2,6	-13	33	India	74	2,4	9	45
Singapur	74	2,2	-6	20	Corea, Republica de	74	2,4	-19	
Hong Kong, China	86	2,6	-6	23	Singapur	74	2,4	-6	
Corea, Republica de	56	1,7	-19	13	Federación de Rusia	60	1,9	-19	
Taipéi Chino	31	0,9	-14	28	Hong Kong	44	1,4	-6	
Tailandia	31	0,9	-10	14	Brasil	44	1,4	-1	
Turquía	33	1	-5	2	Arabia Saudita (b)	43	1,4	...	
Malasia	28	0,8	-8		Tailandia	38	1,2	-18	
Brasil	24	0,6	-4		Emiratos Árabes Unidos	36	1,1	...	
					Taipéi Chino	29	0,9	-15	
					Malasia	27	0,8	-12	

Fuente: Elaboración propia en base al Informe del Comercio Mundial ²⁵⁶

(a) Estimaciones preliminares (b) Estimaciones de la Secretaría

Nota: (En miles de millones de dólares y porcentajes) Datos son provisionales relativos a todo el año

Merece especial atención la participación de los PMA en el CIS, que si bien no es significativa en el comercio mundial es importante incentivarla, para procurar una mejora en el

²⁵⁵ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010*, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 2010, cit., p. 57; OMC, "Informe del Comercio Mundial 2010: Comercio en Recursos Naturales", op. cit., p. 27 y Cuadro 2: Exportaciones mundiales de servicios comerciales por regiones y por determinados países, 2009, p. 29 y Cuadro 5: Principales exportadores e importadores en el comercio mundial de servicios, 2009 (En miles de millones de dólares y porcentajes), p. 32.

²⁵⁶ Vid. OMC, "Informe del Comercio Mundial 2010: Comercio en Recursos Naturales", op. cit., p. 32.

desarrollo de los países más pobres. En que el porcentaje de participación de los PMA en el comercio mundial ha variado muy poco desde los años 90²⁵⁷, el CIS ha crecido mínimamente de un 0,76% en 1990 a un 1,04% en el 2010. Su exportación servicios equivalía solamente un 0,51% del total mundial, mientras que las importaciones representan el 1,6% del total mundial²⁵⁸.

Vale la pena resaltar cierto dinamismo de las exportaciones de los servicios, registrado especialmente a partir de 2006 y el efecto negativo limitado que tuvo en estos países la crisis mundial²⁵⁹, los valores de los años 2007-2010 no muestran una disminución cuantitativa importante respecto a los años anteriores²⁶⁰. Los servicios más afectados fueron los de transporte, seguido por los servicios de viaje con una disminución, en el caso de los servicios de transporte se registró un importante crecimiento del 18% en el 2010 relacionado con el incremento de comercio de mercancías, en tanto que la exportación de los servicios de viaje también crecieron, en este caso en un 6,3%. El crecimiento de las exportaciones de los servicios de viaje hace referencia aproximada a los ingresos derivados del turismo²⁶¹. Se observa una pauta general en los PED y particularmente en los PMA que es una especialidad en las actividades de servicios tradicionales, en tanto que estos países son esencialmente dependientes de los servicios de viajes y de transporte²⁶².

Otro aspecto trasversal en relación a la participación de los PED son las exportaciones de servicios mediante el movimiento temporal de personas físicas (Modo 4) que van teniendo una significancia importante, vinculada con el fuerte crecimiento del número de migrantes y el valor de las corrientes de remesas, el principal receptor de remesas es Asia²⁶³.

A pesar de la dificultad de obtener datos exactos en el sector de servicios y de no poder homogeneizarse la participación de los distintos PED, la valoración de la información obtenida muestra un crecimiento sostenido de su CIS desde los años 90 en los PED hasta el año 2008. Se

²⁵⁷ Las estadísticas sobre los PMA en servicios son especialmente incompletas, el documento por la Secretaría de la OMC (WT/COMTD/LDC/W/5110), que sirve de referencia en esta sección, ha creado los indicadores para los PMA usando estadísticas simétricas y la información proporcionada por los países a otras organizaciones como el Centro de Comercio Internacional (ITC) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) para crear algunos de estos nuevos indicadores. *Vid.* OMC, SUBCOMITÉ DE PAÍSES MENOS ADELANTADOS, *Acceso a los mercados para los productos y servicios cuya exportación reviste interés para los países menos adelantados*, Nota de la Secretaría, Doc. WT/COMTD/LDC/W/5110, 10 de octubre 2011, p. 3.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 4, 6, 15.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 15. Ver el cuadro 5: Exportaciones de servicios comerciales de los PMA, 2000-2010. Las tasas de crecimiento interanual de las exportaciones fueron de 24% en el 2007, las que cayeron apenas -2,6% en el 2008 y se recuperaron nuevamente un 10% en el 2010

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 6.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 15.

²⁶² *Vid.* UNCTAD, "Servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional", *op. cit.*, p. 4.

²⁶³ Según datos de la UNCTAD en el 2013, 232 millones de migrantes de todo el mundo enviaron a sus países de origen una cifra estimada en 542.000 millones de dólares, destinados en un 80% a los PED. *Ibid.*, p. 5.

aprecia también una resistencia a la crisis en el 2009 y un crecimiento moderado en a partir del 2010.

De tomase en consideración para valorar estos resultados que si bien la existencia información sobre los servicios comerciales aportada por los PED en la balanza de pagos, ha aumentado considerablemente, sigue estando incompleta²⁶⁴. Además, los datos de la balanza de pagos no pueden por sí solo proporcionar un cuadro completo del CIS, tal y como se define en el AGCS, sin embargo esta información sigue siendo la principal fuente de estadísticas sobre el comercio de servicios comerciales.

1. El comercio internacional de servicios en los PED por regiones

Las exportaciones de servicios se suelen concentrar en un pequeño número de países en desarrollo. Más de la mitad de las exportaciones de servicios de los PED tienen su origen en sólo seis países, y los 15 principales exportadores de servicios concentran el 80% de todas las exportaciones de servicios de los países en desarrollo²⁶⁵. Dentro de estos países que realizan CIS, a los países de Asia les corresponde el 75% de todo el comercio de los PED, mientras que a los de África y de América Latina y el Caribe puede atribuírseles el 10% y el 15% respectivamente del total del comercio que realizan los PED.

Asia

El crecimiento en la participación de los PED en el CIS tiene su centro en Asia. Es la región que más ha crecido y que más aporta en exportación e importación de servicios comerciales dentro de los PED²⁶⁶. Presenta un crecimiento promedio en sus exportaciones del 15% en el período del 2000 al 2008, en tanto que en el 2009 las exportaciones se contrajeron en un 12%

²⁶⁴ Son sobre todo los PED los que disponen de estadísticas sobre la presencia comercial recopiladas en el nuevo marco de estadísticas de filiales de empresas extranjeras (FATS), importante para obtener información sobre el Modo 3 presencia comercial. Muy pocos países publican los datos sobre comercio bilateral de servicios comerciales. Los datos se obtienen simétricamente de los países desarrollados. Sobre la cuestión de la disponibilidad de datos sobre comercio internacional de servicios, *vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Examen de las estadísticas sobre las corrientes Comerciales en el sector de los servicios - Compilación y disponibilidad de datos*, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/329, 22 de diciembre 2010, pp. 28.

²⁶⁵ *Vid.* UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el desarrollo", *op. cit.*, p. 4.

²⁶⁶ *Ibid.* En el período 2006-2008, el crecimiento actual promedio de las exportaciones fue de 19% y el de las importaciones de 17%, OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010*, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 2010, *cit.*, p. 44; OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2011*, Doc. WT/COMTD/W/181, 2011, *cit.*

Esta región logró la recuperación más importante frente a la crisis financiera y económica mundial.²⁶⁷ China lidera el CIS en la región, seguida por la India. El principal sector de actividad comercial en China es el sector de servicios de transporte, en particular el transporte marítimo de carga, luego destaca el sector de otros servicios comerciales así como los servicios profesionales y servicios prestados a las empresas. Las exportaciones de construcción también son importantes en la región, especialmente las construcciones de infraestructura hacia los países asiáticos y africanos²⁶⁸. El avance de la India se debe a sus exportaciones en la categoría otros servicios comerciales (en el 2008 representaron el 77% de las exportaciones de todos los servicios comerciales de la India), en particular la contratación externa de procesos empresariales²⁶⁹. Si bien continuó el crecimiento en la región, en el 2013 se observó que las exportaciones de servicios comerciales de varias economías asiáticas registraron una desaceleración²⁷⁰.

Cabe mencionar que la China fue el único de los principales exportadores que registró un crecimiento importante durante la crisis²⁷¹. En tanto que la India presentó también una importante recuperación, sus exportaciones en el 2010 aumentaron un 18%²⁷². Antes de la crisis de varios países de Asia un crecimiento en el CIS, en el caso de Nepal originado por sus exportaciones en servicios de viaje, Singapur debido al fuerte crecimiento de otros servicios comerciales, Macao China por el importante crecimiento de los servicios derivados del sector de los juegos de azar y

²⁶⁷ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Examen de las estadísticas sobre las corrientes comerciales en el sector de los servicios - panorama general de las corrientes del comercio de servicios comerciales 2000-2010, Nota de la Secretaría, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/329/Add.1 2011; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Examen de las estadísticas sobre las corrientes comerciales en el sector de los servicios - panorama general de las corrientes del comercio de servicios comerciales 2000-2010, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/329/Add.1 2011, p. 2, 6. Así, en 2010 Asia y sus países en desarrollo registraron un crecimiento del CIS medio interanual del 26%

²⁶⁸ La exportación de la China en el 2008 correspondió al 22%, la de la India al 16% del total de las exportaciones de servicios de la región. Las exportaciones de servicios de la China crecieron bastante y rápidamente en el período 2000-2008, convirtiéndose en el tercer exportador a nivel mundial en el 2008, alcanzando en promedio un 22%.

²⁶⁹ Resalta el CIS en los servicios prestados a las empresas, profesionales y técnicos, los servicios de informática y los relacionados con la tecnología de la información y en concreto relacionados con la contratación externa de procesos empresariales (centros de llamadas, transcripción de datos médicos etc.).

²⁷⁰ Vid. OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2014*, op. cit., p. 17 disponible en https://www.wto.org/spanish/res_s/statistics/its2014_s/its2014_s.pdf, revisado en junio 2015. Las exportaciones un punto porcentual menos que en 2012 (7%), debido a la disminución de los ingresos en el sector del transporte. Las exportaciones de la India aumentaron un 4%, frente a un 5% en el año anterior. Sin embargo, las exportaciones del Japón se recuperaron tras el estancamiento experimentado en

²⁷¹ Vid. OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2011*, Ginebra, 2011, p. 141. En el 2010 la China registró un crecimiento +53% respecto al año anterior.

²⁷² Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Examen de las estadísticas sobre las corrientes comerciales en el sector de los servicios - panorama general de las corrientes del comercio de servicios comerciales 2000-2010*, Doc. S/C/W/329/Add.1, 2011, cit., p. 6.

finalmente Taipéi Chino y Hong Kong China también registraron un crecimiento en sus exportaciones en el 2010²⁷³.

África

Las exportaciones de los países de África representan el 2% del total de las exportaciones de los PED. El principal país exportador de servicios históricamente es Egipto²⁷⁴, el crecimiento de sus exportaciones está relacionado con el comercio de servicios de viaje y de transporte, también resalta la creación de nuevas áreas turísticas como turismo de salud, de conferencias y de safaris. Es también importante su desarrollo de Egipto como exportador de servicios de investigación y desarrollo. Marruecos es el segundo país exportador de la región, y presentó un mayor crecimiento que Egipto en el período 2000-2008 (12%)²⁷⁵, la exportación más importante es la de los servicios relacionados con viajes.

Los denominados otros servicios comerciales han cobrado importancia en la región, aumentando una media de 27% anual entre el 2006-2008. La principal categoría dentro de estos son los servicios prestados a las empresas y en especial la contratación externa de procesos empresariales. El país con el mayor crecimiento de la región en el período 2006-2008, debido al incremento de la exportación de servicios de transporte, fue Etiopía. En general, en el período anterior a la crisis financiera y económica mundial, varios países de África Subsahariana tuvieron un crecimiento en su CIS, el que se aproximó al 20%²⁷⁶, en tanto que en el 2009 las exportaciones disminuyeron un 9%. En el 2010 volvieron a crecer hasta el 10%, este crecimiento estuvo especialmente impulsado por el comercio de servicios de viajes de Egipto²⁷⁷. Sin embargo debido a

²⁷³ *Ibid.*, p. 2, OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010*, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 2010, *cit.*

²⁷⁴ OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2011*, Doc. WT/COMTD/W/181, 2011, *cit.*, OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Examen de las estadísticas sobre las corrientes comerciales en el sector de los servicios - panorama general de las corrientes del comercio de servicios comerciales 2000-2010*, Doc. S/C/W/329/Add.1, 2011, *cit.*, p. 2. En el 2008 abarcó el 28% de la exportación de servicios de la región, con un crecimiento promedio anual del 25%, sus exportaciones de servicios comerciales aumentaron a una tasa anual media del 12% en el período 2000-2008

²⁷⁵ OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2011*, Doc. WT/COMTD/W/181, 2011, *cit.*; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Examen de las estadísticas sobre las corrientes comerciales en el sector de los servicios - panorama general de las corrientes del comercio de servicios comerciales 2000-2010*, Doc. S/C/W/329/Add.1, 2011, *cit.*, p. 3.

²⁷⁶ OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010*, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 2010, *cit.*, p. 46-47. Según el informe, el crecimiento medio de los países de África subsahariana en el período 2000-2008 superó el 15-20%.

²⁷⁷ OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2011*, Doc. WT/COMTD/W/181, 2011, *cit.*, p. 35.

la situación en la región (caída de las exportaciones de Egipto, Nigeria y Túnez) en el 2013 las exportaciones disminuyeron un 3%²⁷⁸

Oriente medio

En esta región destacan el comercio internacional de los servicios de viajes, así como los servicios prestados a las empresas y servicios de telecomunicaciones, su actividad representó el 3% del comercio mundial en el 2008 y creció un promedio de 16% anual en el período 2006-2008. El crecimiento más rápido de la región fue el de Kuwait, que pasó a ser un exportador importante de servicios de telecomunicaciones²⁷⁹. Fue la región cuyo CIS estuvo más afectado por la crisis financiera y económica mundial, su exportación se redujo en un 3%²⁸⁰. Si bien las exportaciones aumentaron en los siguientes años el crecimiento, se aprecia que las exportaciones aumentaron un 4%, en el 2013 frente a casi un 9% del año anterior²⁸¹.

América latina

En los PED de América Latina las exportaciones de servicios crecieron a un ritmo más lento que otras regiones, con una variación anual en el período 2000-2008 de entre un 10% y 11%²⁸². El crecimiento de las exportaciones fue desigual, los países más fuertes económicamente crecieron rápidamente, pero algunos países del Caribe tuvieron un crecimiento menor que el promedio mundial²⁸³. En América del Sur, los principales exportadores fueron Brasil²⁸⁴ y Argentina, por sus

²⁷⁸ OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2014*, op. cit., p. 16., p. 126.

²⁷⁹ OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Examen de las estadísticas sobre las corrientes comerciales en el sector de los servicios - panorama general de las corrientes del comercio de servicios comerciales 2000-2010*, Doc. S/C/W/329/Add.1, 2011, cit., p. 2.; OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010*, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 2010, cit., p. 47.

²⁸⁰ OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Examen de las estadísticas sobre las corrientes comerciales en el sector de los servicios - panorama general de las corrientes del comercio de servicios comerciales 2000-2010*, Doc. S/C/W/329/Add.1, 2011, cit.

²⁸¹ OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2014*, op. cit., p. 16.

²⁸² OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010*, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 2010, cit., p. 22; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Examen de las estadísticas sobre las corrientes comerciales en el sector de los servicios - panorama general de las corrientes del comercio de servicios comerciales 2000-2010*, Doc. S/C/W/329/Add.1, 2011, cit., p. 2.

²⁸³ Los países del Caribe crecieron en el período 2000-2008 solamente un 8%. Esta circunstancia obedece a que estos países suelen depender de las exportaciones de un sólo sector de servicios, principalmente el turismo, que es muy vulnerable a las externalidades como los desastres naturales y a los cambios de los hábitos de consumo de los consumidores. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Examen de las estadísticas sobre las corrientes comerciales en el sector de los servicios - panorama general de las corrientes del comercio de servicios comerciales 2000-2010*, Doc. S/C/W/329/Add.1, 2011, cit., p. 2.

²⁸⁴ Dentro de éstos, la categoría de arquitectura, ingeniería, consultoría de tecnologías y servicios jurídicos, fueron los subsector con mayor volumen de exportación en Brasil, representando casi el 50% de las exportaciones de otros servicios comerciales brasileños en el 2008. En Brasil, dentro de estos servicios profesionales resaltan los servicios de arquitectura ingeniería consultorías en tecnología y servicios jurídicos, que representaron casi en la mitad de los “otros servicios comerciales” en el 2008. Vid. OMC, COMITÉ DE

exportaciones de otros servicios comerciales. Las exportaciones de estos países en los servicios prestados a las empresas, servicios profesionales y técnicos incrementaron un 3% en el período 2006-2008. En general las exportaciones de esta subregión crecieron más del 13% en el período 2000-2008²⁸⁵. En concreto, en el período 2006-2008 los principales exportadores de América latina siguieron siendo las de Brasil y México, más de un tercio de las exportaciones de servicios las realiza Brasil²⁸⁶. Con la crisis financiera y económica mundial, las exportaciones en el 2009 disminuyeron hasta el 8%, pero la recuperación fue notoria en el 2010, por ejemplo las exportaciones del Brasil pasaron de una disminución de 9% en el 2009 a un crecimiento de 15% en el 2010, en tanto que las exportaciones de México pasaron de una disminución de 17% en el 2009 a una variación de 0% en el 2010²⁸⁷.

Europa

El sector del turismo es importante en los PED de Europa, sus exportaciones en el período 2006-2008 aumentaron de manera importante, en Turquía aumentó un 17% la exportación de otros servicios comerciales especialmente por las inversiones derivadas del turismo. De igual manera destacó el crecimiento de Montenegro, cuyas exportaciones de servicios comerciales aumentaron en una media de 45% anual, resalta también Serbia por su importante crecimiento en servicios tales como los servicios profesionales prestados a las empresas y técnicos²⁸⁸. La crisis generó una caída de 10%, en las exportaciones, en el 2010 se detuvo el decrecimiento, mostrando una variación anual de 0% y en el 2012 tenía una caída de -2%. En el 2013 se evidencia una recuperación importante de las exportaciones de servicios comerciales las que aumentaron un 7%²⁸⁹.

COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010*, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 2010, *cit.*, p. 45.

²⁸⁵ OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Examen de las estadísticas sobre las corrientes comerciales en el sector de los servicios - panorama general de las corrientes del comercio de servicios comerciales 2000-2010*, Doc. S/C/W/329/Add.1, 2011, *cit.*, p. 2.

²⁸⁶ Brasil concentra un 23% de las exportaciones de la región y México alcanza un 15% de las exportaciones de la región en el 2008. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010*, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 2010, *cit.*, p. 45.

²⁸⁷ OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Examen de las estadísticas sobre las corrientes comerciales en el sector de los servicios - panorama general de las corrientes del comercio de servicios comerciales 2000-2010*, Doc. S/C/W/329/Add.1, 2011, *cit.*, p. 3, OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2011*, Doc. WT/COMTD/W/181, 2011, *cit.*, p. 52, 53. En este informe de octubre del 2011, ver el cuadro sobre las exportaciones de servicios comerciales de las economías en desarrollo 2008-2010, en lo referido a la variación potencial anual de las exportaciones.

²⁸⁸ OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010*, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 2010, *cit.*, p. 47.

²⁸⁹ OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2014*, *op. cit.*, p. 16- 17.

2. El comercio internacional de servicios en los PED por categorías de los servicios comerciales

Los servicios comerciales en los PED en sus diferentes categorías en promedio se han incrementado sustancialmente durante la última década. Los servicios de transporte y los servicios de viajes siguen representando la mayor proporción de las exportaciones de servicios de los PED y tienen mayor importancia relativa en los PED que en PD. Dentro de los llamados “otros servicios comerciales”, los servicios empresariales, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, los servicios financieros y de seguros, van aumentando y suponen ya una tercera parte del comercio de servicios²⁹⁰. Efectivamente, los denominados otros servicios comerciales²⁹¹ ocupan un lugar estratégico en el CIS y van cobrando cada vez mayor importancia. Varios de los llamados otros servicios comerciales hacen uso intensivo del conocimiento, lo que los convierte luego en insumos que aumentan la productividad y la competitividad de las empresas, un claro ejemplo de ello son las consultorías legales o servicios de ingeniería, investigación y desarrollo. En Asia, la proporción de los servicios informáticos y de información se ha ampliado en los últimos años, mientras que en los países en desarrollo de América, ha aumentado la importancia de otros servicios empresariales²⁹².

Servicios de transporte

Hasta el 2008 el CIS de los servicios de transporte junto con los servicios relacionados con los viajes crecieron especialmente en los PED. Las exportaciones de servicios de transporte el 2008 alcanzaron un 30% del total del comercio mundial del sector, en tanto las importaciones de los PED representaron el 45% del total²⁹³. China e India se han convertido en las protagonistas de este crecimiento, las exportaciones de China representaron en el 2008 un 14% del total de los servicios de transporte exportados por los PED. Los servicios de transporte fueron uno de los principales sectores afectados a causa de la crisis y coyuntura económica, en particular el transporte de carga. El CIS de este sector en los PED disminuyó de manera importante, las exportaciones se redujeron un 23% y las importaciones un 19% en el 2009²⁹⁴. Corea, que fue el principal exportador de

²⁹⁰ UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el desarrollo", *op. cit.*, p. 4.

²⁹¹ Hay que considerar que esta categoría incluye actividades de servicios relacionadas con la computación y la informática, la arquitectura y la ingeniería, así como también con las asesorías jurídicas y contables, la publicidad, la investigación de mercado, la investigación y el desarrollo, y los servicios agrícolas y mineros.

²⁹² UNCTAD, "Servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional", *op. cit.*, p. 5.

²⁹³ OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2011*, Doc. WT/COMTD/W/181, 2011, *cit.*, p. 20.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 34,

servicios de transporte de los PED en el 2008, a partir de la crisis disminuyó sus exportaciones en 35%. Singapur pasó a ser el principal exportador con una variación porcentual también negativa de -14%. También se redujeron las exportaciones de transporte de China en un 39%, y de otros importantes exportadores del sector como Hong Kong China, India Tailandia, Ucrania. En África las exportaciones de Egipto disminuyeron un 18%, por la reducción de buques de tránsito y montaje. En América Latina, Chile, el principal exportador de servicios de transporte, disminuyó sus exportaciones un 19%. En tanto que las exportaciones de Rusia presentaron una variación positiva de 27% en el 2009 y la disminución de la India y Turquía fue menos del 5%²⁹⁵.

En el 2010 la recuperación de los servicios de transporte fue evidente en los PED asiáticos, más del 60% del CIS de transporte provinieron de PED²⁹⁶. A pesar del escenario inicial de la crisis, una parte importante de las exportaciones de servicios de transporte siguen viniendo de los PED y en particular de Asia (Corea, China y Singapur son los principales exportadores en ese orden)²⁹⁷. Los servicios de transporte marítimo son especialmente importantes en los PED.

Servicios de viaje

Los servicios de viaje representaron en el 2008 más de un tercio de los ingresos mundiales por servicios relacionados con servicios, mientras que el gasto en servicios relacionados con los viajes de los PED aumentó en tres puntos porcentuales desde el 2000 hasta alcanzar el 28% en el 2008, el principal servicio de importación lo constituye el gasto de los residentes de los Emiratos Árabes Unidos que están de viaje de turismo en países extranjeros²⁹⁸. Los servicios de viaje y el turismo en los PED también se vieron afectados por la crisis mundial, en el 2009 las exportaciones disminuyeron 4%, pero el descenso fue menor que el promedio de los otros servicios en los PED. Sobre todo tuvo incidencia negativa en las economías insulares como Maldivas, Mauricio, Islas del Caribe que dependen de la exportación de servicios de viajes, como es el caso de Jamaica, en el

²⁹⁵ OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010*, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 2010, *cit.*, p. 55 y OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2010*, *op. cit.*, Cuadro III-4 Principales exportadores e importadores de servicios de transporte 2009, p. 125.

²⁹⁶ UNCTAD, "El transporte marítimo 2010", NACIONES UNIDAS, 2010; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Nota de antecedentes sobre Servicios de Transporte Marítimo, Nota de la Secretaria*, Doc. S/C/W/315, 7 de junio 2010, p. 9, 12. En el cuadro 5 se describen la flota y las matrículas de los 35 principales Estados o territorios marítimos, que controlan más del 95% de la flota mundial. La mitad de esos 35 países o territorios son PED. El volumen de la carga casi se ha duplicado en menos de 15 años, coincidiendo con el incremento significativo de la proporción del comercio marítimo mundial correspondiente a los países en desarrollo.

²⁹⁷ En el 2010 un tercio de las exportaciones de servicios de transporte provino de PED y un 23% de Asia, OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2011*, Doc. WT/COMTD/W/181, 2011, *cit.*, p. 32.

²⁹⁸ OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010*, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 2010, *cit.*, p. 20, 21.

Caribe la reducción fue del 29% en el primer semestre del 2009²⁹⁹. Algunos de los países más afectados en su ingreso proveniente de servicio de viajes son Tailandia, Egipto y Turquía, todos ellos se vieron afectados con la reducción en la llegada de turistas internacionales.

Se puede, sin embargo, decir que en general el inicio de la crisis financiera y económica mundial afectó marginalmente a los servicios de viajes y sobre todo en los países de Medio Oriente. En países como el Líbano, los Emiratos Árabes Unidos y Macao China se siguió generando un crecimiento en los servicios relacionados con los viajes en el 2009. El CIS de este sector sigue siendo de gran importancia para muchos PED y en especial para los PMA³⁰⁰. En el 2010 las exportaciones de servicios de viaje de los PED alcanzaron un 40% del comercio mundial. Cabe resaltar el desarrollo de Macao China que se convirtió en un importante destino turístico para los servicios de juegos de azar. La participación del conjunto de África en este sector no se incrementó, a pesar del crecimiento de Egipto, Sudáfrica y Marruecos³⁰¹. En el 2014 destacan el crecimiento exportaciones de servicios de Tailandia Hong Kong, China Macao, China, estos tres PED están dentro de los 10 principales exportadores de servicios de viajes³⁰².

Las previsiones de crecimiento en este sector en los PED son positivas, según la Organización Mundial del Turismo las llegadas de turistas internacionales crecieron más de un 4.4% en 2014 y se prevé un mayor crecimiento para el 2015³⁰³ y de acuerdo a la OMT la previsión del Barómetro del Turismo Mundial es que el crecimiento se mantenga en 2012, aunque a un ritmo ligeramente inferior, las llegadas de turistas internacionales van en camino de alcanzar el hito de los mil millones durante este año.

Otros servicios comerciales

Las exportaciones de los denominados otros servicios comerciales en los PED alcanzaron un 22%, y algunos de los exportadores más dinámicos del mundo son PED. Se debe considerar que en algunos PED no hay información detallada sobre todas las categorías de servicios relativas a otros servicios comerciales, lo que lleva a presentar unos resultados más generales.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 55.

³⁰⁰ *Vid.* OMC, SUBCOMITÉ DE PAÍSES MENOS ADELANTADOS, Acceso a los mercados para los productos y servicios cuya exportación reviste interés para los países menos adelantados - Revisión, Nota de la Secretaría, Doc. WT/COMTD/LDC/W/42/Rev.1, 26 de febrero 2009; OMC, SUBCOMITÉ DE PAÍSES MENOS ADELANTADOS, Acceso a los mercados para los productos y servicios cuya exportación reviste interés para los países menos adelantados, Nota de la Secretaría, Doc. WT/COMTD/LDC/W/46, 23 de octubre 2009.

³⁰¹ *Vid.* OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2011*, Doc. WT/COMTD/W/181, 2011, *cit.*, p. 31.

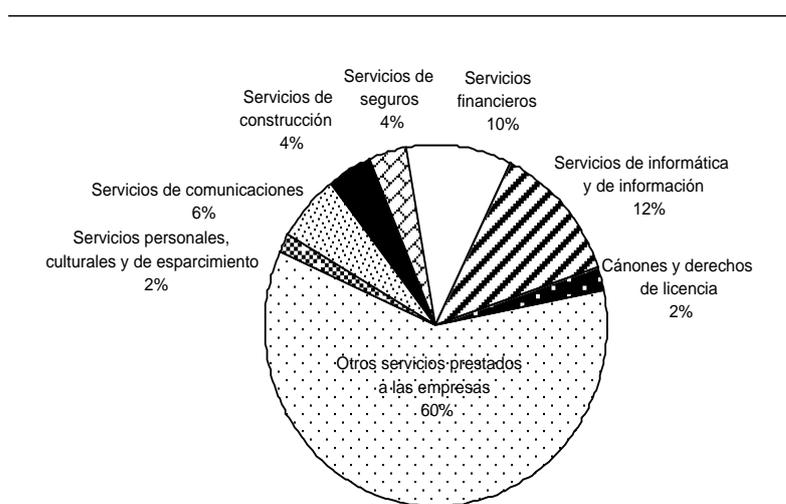
³⁰² *Vid.* OMC, *Estadísticas del comercio internacional 2014*, *op. cit.*, p. 116

³⁰³ *Vid.* UNWTO, "Barómetro OMT del Turismo Mundial - Vol. 13 y anexo estadístico", 13 de abril, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL TURISMO, 2015

Tomando como universo las exportaciones de los PED, se aprecia que el sector de los otros servicios comerciales es el que más ha crecido en los últimos años y es ahora el principal sector de exportación de servicios. Su participación en el total del CIS aumentó de 38% en 2000 a 42% en 2008. Mientras que la participación en otros servicios como los servicios de transporte y los servicios de viajes no aumentó tan significativamente³⁰⁴. Cabe resaltar que los PED están adquiriendo una clara ventaja comparativa en un gran número de servicios de trabajo intensivo así como servicios altamente cualificados.

En el Gráfico 3 se aprecia la participación de distintos subsectores dentro de los otros servicios comerciales de los PED en la exportación de servicios. El principal subsector exportador de servicios es el denominado "otros servicios prestados a las empresas"³⁰⁵ que representa el 60% de las exportaciones de los otros servicios comerciales de los PED. El segundo grupo de servicios en importancia son los servicios de informática y de información, cuyas exportaciones representan el 12% del total. La participación mundial de los PED en la exportación de servicios de informática ha venido aumentando desde el 2000, cerca del 30% de las exportaciones mundiales de servicios de informática procedieron de PED. Los servicios financieros son la tercera categoría en importancia en exportaciones de los otros servicios comerciales de los PED, con una participación del 10%.

Gráfico 3: Exportaciones de “otros servicios comerciales” de los PED



Fuente: OMC y COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, "La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio", *Nota de la Secretaría*, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 21 de enero de 2010, 2010, p. 23.

³⁰⁴ OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010*, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 2010, *cit.*, p. 23.

³⁰⁵ Comprende, entre otros, los servicios relacionados con el comercio (tales como los servicios de comercio triangular). El comercio triangular tiene lugar cuando el residente de una economía (comerciante) compra un producto a un no residente y posteriormente lo revende a otro no residente. El valor del comercio triangular es la diferencia entre el valor del producto cuando se adquiere y su valor cuando se revende. Comprende también a los servicios empresariales, profesionales y técnicos.

III. EL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS Y LOS PED DESDE LA PERSPECTIVA DEL DESARROLLO

Dado que el desarrollo es en términos generales uno de los principales objetivos de los PED interesados en el CIS y es usado como sustento teórico en muchas de sus políticas comerciales, se considera relevante realizar en este apartado una aproximación a la relación del CIS con el desarrollo de los PED.

Cabe reconocer que la pregunta de cómo y en qué medida puede la liberalización del CIS beneficiar el desarrollo de los países es muy amplia y compleja y que escapa del objetivo principal de esta investigación. En este sentido, en este apartado se analizan las principales conexiones existentes entre desarrollo³⁰⁶ y CIS así como los debates conceptuales relacionados con estos aspectos.

En los preámbulos de Acuerdos de comercio internacional se suele hacer referencia al desarrollo y bienestar de sus Miembros como uno de sus fines últimos, sin embargo en varias ocasiones estas referencias u objetivos generales no se plasman en previsiones obligatorias, y si se hacen no se establecen las herramientas de aplicación y seguimiento adecuadas. En todo caso y a pesar de lo señalado arriba, por lo general las partes contratantes se expresan su compromiso a que sus acciones tengan una repercusión positiva en la obtención del desarrollo de sus respectivos Miembros y en particular de los PED³⁰⁷.

Esto es también el caso en los acuerdos de la OMC y dentro de ellos el AGCS³⁰⁸. Pero, ¿qué significado tiene y cuál es el alcance del “desarrollo” dentro del CIS? Para buscar esta respuesta se separa el estudio en dos partes, haciendo uso de las orientaciones o perspectivas más usuales sobre el desarrollo y cómo se relaciona con el proceso de liberalización del CIS. La primera perspectiva identifica al desarrollo con el crecimiento económico mientras la segunda perspectiva adopta el

³⁰⁶ Se utiliza en este capítulo la perspectiva del desarrollo entendido como un análisis a largo plazo identificando a la liberalización del comercio internacional de servicios como un factor que puede ayudar a explicar los diferentes modelos de desarrollo. Esta perspectiva ofrece el punto de partida para una valoración realista del efecto de las estrategias y políticas nacionales e internacionales para el desarrollo, toma distancia de la política para realizar un análisis más independiente y práctico. *Vid.* MYINT, H., *The economics of the developing countries*, London, Melbourne, Hutchinson, 1980, citado en SZIRMAI, A., *The Dynamics of Socio-Economic Development: An Introduction*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 4.

³⁰⁷ A partir del objetivo y método de esta investigación, orientada a identificar la efectividad de las disposiciones del AGCS en los PED, y en particular las implicaciones de las disposiciones sobre reglamentación nacional del Acuerdo en el marco interno de los PED, no es posible generar conclusiones definitivas sobre la relación entre servicios y desarrollo. Cabe señalar que tampoco en estudios propios específicos sobre desarrollo de áreas económico y políticos/sociológicos se han obtenido respuestas concluyentes sobre esta relación. Si bien es cierto que la mayoría de análisis concuerda en otorgar una relación positiva entre un crecimiento del comercio de servicios y un mayor desarrollo

³⁰⁸ Ver el Preámbulo del AGCS.

entendimiento más amplio e integral del desarrollo considerando especialmente el criterio de desarrollo humano.

A. Comercio de servicios y desarrollo entendido como “crecimiento económico”

La primera perspectiva utilizada para analizar la relación del comercio de servicios con el desarrollo es la que identifica al desarrollo con crecimiento económico. Bajo este criterio, la liberalización del comercio de servicios y su marco legal es considerada como un factor que influye en las dinámicas del crecimiento, en particular las de los PED.

El concepto tradicional de desarrollo suele relacionarse con el crecimiento económico y más precisamente con el crecimiento del ingreso nacional per cápita. En este sentido, el desarrollo es un concepto cuantitativo cuyo eje central es el crecimiento económico, el cual se completa con ciertos elementos cualitativos. Estos elementos cualitativos incluyen los cambios en la producción y el empleo, y cambios tecnológicos, generalmente referidos como cambios estructurales³⁰⁹.

Cabe señalar que esta concepción del desarrollo sufrió cambios a partir de las críticas desarrolladas a mediados del siglo pasado, especialmente por Organizaciones Internacionales como la Organización Mundial del Trabajo (OIT). Se incorporaron como requisitos del desarrollo la reducción de la pobreza, la malnutrición, de las desigualdades del ingreso, y la mejora en la situación del empleo. Se incluyeron luego otros indicadores sociales como expectativa de vida, niveles de educación, mortalidad infantil, derechos y libertades políticas entre otros, se desarrolló así el concepto del desarrollo humano. Se afirma así actualmente que el desarrollo se puede definir como un movimiento dirigido hacia un conjunto de metas comunes de desarrollo³¹⁰, es decir, hacia un desarrollo integral. A pesar de que la definición extensiva e integral del desarrollo es cada vez más aceptada por la comunidad internacional, el criterio más restringido de desarrollo, entendido como crecimiento económico que se aplica en esta investigación, sigue siendo bastante utilizado.

Bajo la óptica del crecimiento económico, la economía de los servicios y el CIS son cada vez más importantes para las perspectivas de desarrollo y crecimiento, y son diversos los argumentos

³⁰⁹ KUZNETS, S., *Modern Economic Growth: Rate, Structure, and Spread*, vol. 7, *Studies in comparative economics*, New Haven, Yale University Press, 1966.

³¹⁰ SZIRMAI, A., *The Dynamics of Socio-Economic Development: An Introduction*, *op. cit.*, p. 9. Hoy la mayoría de los escritores define el desarrollo como un conjunto de metas del desarrollo similares, las cuales incluyen la reducción de la pobreza, el incremento del bienestar económico, la mejora de la salud, la educación y el incremento de las libertades políticas y sociales.

que apuntan hacia la relación positiva entre el CIS y el desarrollo,³¹¹ particularmente desde la vertiente de pensamiento liberal.

El sector de los servicios, en general y el CIS en particular, se relaciona con el desarrollo por la generación de ingresos, la competitividad, la entrada de divisas y la creación de empleo³¹², también se sostiene que la competitividad de las empresas nacionales e internacionales depende de la disponibilidad, costos y calidad de los servicios, especialmente de servicios de infraestructura como transporte, servicios financieros, telecomunicación, salud, educación, entre otros³¹³.

Los servicios generan importantes beneficios ya que su mayor uso en la producción va aumentando a medida que se incrementa la complejidad en la producción de la industria, en tanto que el consumo de los particulares en servicios va aumentando en relación con el mayor nivel de renta³¹⁴. Los servicios son una fuente de empleo importante en los PED, por lo que a mayor producción de servicios, mayor será el crecimiento económico. Son especialmente notables en la generación de empleo servicios tales como la construcción, distribución, o servicios sociales como enseñanza o salud, ya que requieren la utilización intensiva de mano de obra. Un informe reciente de la OECD relaciona la reducción de las barreras y apertura del mercado en servicios con la creación de empleo y el aumento del ingreso, al reducir el costo de los productos importados para los consumidores y brindar nuevas oportunidades de mercado para los exportadores³¹⁵.

Los servicios de telecomunicaciones y financieros (bancarios y de seguros), así como los de construcción, transporte y servicios prestados a las empresas configuran la infraestructura necesaria para promover el crecimiento. Estos servicios deben ser eficientes para mejorar el acceso a los mercados, fomentar las actividades económicas y el desarrollo en general³¹⁶. Esto es especialmente cierto para los PED para quienes las necesidades de infraestructura son importantes³¹⁷, resalta el

³¹¹ Se toma como base para considerar estos factores el enfoque de la OMC; *vid.* OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aspectos de las negociaciones de la Ronda de Doha relativos al desarrollo, Nota de la Secretaría*, Doc. WT/COMTD/W/143/Rev.5, 28 de octubre 2010, p. 17-21.

³¹² UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el desarrollo", *op. cit.*

³¹³ ESCHENBACH, F. Y HOECKMAN, B., "Services policies in transition economies: on the EU and WTO as commitment mechanisms", *World Trade Review*, vol. 5, no. 03, 2006, pp. 415-443.

³¹⁴ Según se ha visto al inicio de este capítulo, la proporción del PIB correspondiente a los servicios en las distintas categorías de países aumentó significativamente los últimos años. BANCO MUNDIAL, "Indicadores del Desarrollo Mundial 2010", 2010. *Por ejemplo, se estima que en 2008 los servicios representaron el 47% del PIB en los países de ingresos bajos, (49 en el 2004) el 53% en los países de ingresos medianos y el 73% en los países de ingresos altos.*

³¹⁵ DEE, P., FRANCOIS, J., MANCHIN, M. et al., "The Impact of Trade Liberalisation on Jobs and Growth", *Technical note*, OECD, 31 Jan, Paris, 2011.

³¹⁶ Para obtener una visión general de la investigación sobre la importancia de la infraestructura para el comercio y el desarrollo, véase OMC, "Informe sobre el Comercio Mundial 2004", 2004.

³¹⁷ Un estudio sobre la economía india indica que, paralelamente a las políticas de liberalización de los servicios, durante el decenio de 1990, la utilización de servicios como insumos en la producción

papel fundamental del uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, la educación, la salud y el aparato público, en el aumento del crecimiento económico y la productividad en los PED³¹⁸.

Los servicios de producción son factores determinantes de la competitividad, se debe garantizar su accesibilidad y calidad. Por ejemplo los servicios de logística (envasado y embalaje, almacenamiento, transporte, existencias, administración y gestión) son elementos importantes de la cadena de producción y distribución. Son especialmente importantes para los PED y PMA que tienen dificultades para mejorar la cadena de producción debido a la falta de una logística adecuada. Por lo que otro beneficio es la probable mejora en la calidad y en la generación de nuevos productos/servicios que crean un entorno competitivo³¹⁹.

En lo relacionado exclusivamente con el CIS, la eliminación de los obstáculos de acceso al mercado y a la competencia de servicios y proveedores de servicios genera crecimiento. La reducción del proteccionismo puede dar lugar a una reducción de los precios, un aumento de la calidad de los servicios y un incremento de las opciones para los consumidores³²⁰, lo que beneficia a un aumento de la demanda interna de los sectores de servicios liberalizados.

Efectivamente, los resultados sobre el efecto del comercio de servicios en el desarrollo económico de un PED vienen siendo valorados con criterios cuantitativos y generalmente por especialistas en comercio con orientación económica. Existe abundante documentación y doctrina que examina las implicaciones del CIS, en particular, con la eficiencia económica³²¹. Las teorías económicas en general apuntan a que la apertura conduce al crecimiento económico y que el mejor camino que tiene el país para reducir el índice de pobreza es crecer; asimismo, el impacto de la liberalización en el crecimiento podría generar un impacto indirecto en la reducción de la pobreza.

manufacturera aumentó a un ritmo anual del 16% aproximadamente, a precios constantes. Según estimaciones, la contribución de los servicios al crecimiento de la producción manufacturera de la India aumentó al mismo tiempo del 1 al 25% aproximadamente. *Vid.* BARGA, R. Y GOLDAR, B., "Contribution of Services to output growth and Productivity in Indian manufacturing", *ICRIER Working Paper No. 139*, 2004.

³¹⁸ CEPAL, "El comercio de servicios en los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI): Evaluación cuantitativa y normativa.", *op. cit.*

³¹⁹ MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "What are the Main Challenges for the GATS Framework? Don't Talk About Revolution", *European Business Organization Law Review*, vol. 5, no. 3, 2004, pp. 511-562.

³²⁰ Se suele hacer referencia especialmente al éxito del proceso de liberalización que ha tenido el sector de las telecomunicaciones, generando competencia y mejorando la eficiencia de los servicios. Ver entre otros, SHI, J., "Telecommunications universal service in China: making the grade on a harmonious information society", *Journal of Technology Law & Policy*, vol. 13, no. June, 2008, pp. 115-148; GELOSO GROSSO, M., "Liberalising network infrastructure services and the GATS," OECD, Working Party of the Trade Committee, Trade Policy Working Paper No. 34, 22-May-2006, 2006.

³²¹ GIORDANO, P. Y FLOREZ, V., "Una evaluación del vínculo entre comercio y pobreza en América Latina", en BOUZAS, R. (ed.), *Después de Doha la agenda emergente del sistema de comercio internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 388-423, en p. 394.

De la misma forma, se han establecido vínculos entre la política de comercio internacional y los cambios en los precios relativos, salarios y finanzas públicas³²².

En esencia, la relación entre CIS y crecimiento se fundamenta económicamente en similares argumentos que los de la liberalización del comercio de bienes. Estos argumentos tradicionales sobre los beneficios de la liberalización se basan en la mejor asignación de los recursos y de los costos y beneficios marginales, un mejor acceso a las tecnologías, un mayor uso de servicios de intermediación y de insumos a la producción, así como una mejor competencia nacional y transferencia de conocimiento mediante la inversión, entre otros.

Resaltando que todo este conjunto puede crear el ambiente necesario para generar desarrollo, en particular en los PED³²³. Por otro lado, el proteccionismo del comercio crea mercados limitados, lo que fomenta la ineficiencia económica por la falta de competencia, mientras que la apertura comercial puede reducir monopolios y generar la competencia, se pueden reducir los márgenes de las empresas y por ende los precios finales.

Al revisar la relación entre el crecimiento del CIS en general y de los PED en particular, es bastante claro que el crecimiento del ingreso que existe en los PED va a la par con su comercio de servicios³²⁴, aunque este crecimiento no es de la envergadura que se esperaba. Se evidencia de esta forma una relación positiva pero relativamente débil entre los niveles de ingreso y las exportaciones de servicios. Cuanto más rico es el país es mayor su exportación neta de servicios. Pero en los países de ingreso medio y bajo, esta relación no es muy clara³²⁵. Esto en el ámbito de la OMC significa que la liberalización del comercio de servicios es importante para explotar la ventaja comparativa de los países ricos, y dicha especialización beneficia a los PED de tener mejores servicios.

Los PED son en promedio importadores netos de servicios y de IED (en servicios), mientras que la exportación de servicios sigue siendo mucho menor que en los PD; algunos países de ingreso medio tienen exportaciones significativas en sectores particulares, como servicios de turismo y algunos centros financieros *offshore*; los países de ingreso medio bajo han tenido un crecimiento continuo en sus niveles de ingreso y su porcentaje de participación en el comercio mundial, salvo por el período de crisis financiera y económica mundial que causó una caída en general. Además los servicios han crecido más lentamente que los bienes; en cuanto a los PMA, su importación de

³²² Ver entre otros *ibid.*, en p. 397-399; WINTERS, A., "Is Globalization Reducing Poverty and Inequality?", *World Development*, vol. 32, no. 4, 2004, pp. 567-589, WINTERS, A., "Trade Liberalization and Economic Growth: An overview", *The Economic Journal*, vol. 114, no. febrero, 2004.

³²³ Vid. DORNBUSCH, R., "The Case for Trade Liberalization in Developing Countries", *The Journal of Economic Perspective*, vol. 6, no. 1, 1992, pp. 69-85, en p. 73-74.

³²⁴ Vid. MELCHIOR, A., "Services and Development. The Scope for Special and Differential Treatment in the GATS", *NUPI Report*, Norwegian Institute of International Affairs, Abril, Oslo, 2010, p. 49 y 51.

³²⁵ *Ibid.*, p. 49 y 51.

comercio de servicios (como de bienes) se ha incrementado considerablemente durante el 2000-2007, pero su exportación de servicios sigue siendo limitada, no ha crecido tan rápido como la de bienes. Considerando que la mayor parte de IED tanto en los PD como PED de los últimos años es inversión en servicios, se tiene que un promedio del 70% de la entrada y salida de IED corresponde a los PD, los PMA tienen un porcentaje algo significativo en la entrada de IED pero casi nulo de salida de IED³²⁶. En cuanto al movimiento temporal de personas físicas, si bien los datos son limitados, se reconoce que ha venido creciendo en los PED y que podría ser mucho mayor si dejara de ser tan restringido, y es en general mucho más limitado que el suministro transfronterizo y el consumo en el extranjero³²⁷. El resultado del análisis por sectores es similar que el análisis general, es decir la exportación de servicios de los PED es menor que la de los PD. Las variaciones son considerables a través de los diferentes sectores de servicios en los PED y se observa en el tiempo un importante incremento del porcentaje de mercado en algunos sectores.

Al establecerse como un hecho que el crecimiento del CIS genera en principio un crecimiento económico más rápido y por ende desarrollo, la eliminación de las restricciones comerciales al sector de los servicios se convierte en una tarea prioritaria. Se afirma especialmente que mayores restricciones al comercio de servicios se relacionan con una menor calidad y eficiencia en la prestación de los servicios³²⁸.

Por otro lado, es imprescindible considerar los diversos argumentos económicos de la liberalización para poder establecer la relación del CIS con el desarrollo económico, ya que continúan siendo los principales fundamentos del beneficio de la globalización de los servicios. Se continúa acentuando la necesidad de los PED de adquirir las habilidades en organización y ambiente institucional necesario para la producción de servicios, que benefician a su economía, facilitando la entrada a los mercados y promoviendo la inversión extranjera para la producción y distribución de servicios. Para esto se debe crear el marco legal y regulatorio adecuado, así como crear incentivos para el sector. Se sugiere desarrollar sectores de servicios donde sea relativamente alto el input del trabajo como son los servicios de entrada de datos y programación informática que son actividades intensivos en trabajo no relacionados con procesos informáticos, o servicios de

³²⁶ UNCTAD, "World Investment Report 2009: Transnational Corporations, Agricultural Production and Development", United Nations, UNCTAD/WIR/2009, 17 September 2009, New York and Geneva, 2009, Anexo A Tabla A.I.4; UNCTAD, World Investment Report 2010 Investing in a low-carbon economy, New York and Geneva, 2010, p. 220, Anexo Tabla 23 y 24.

³²⁷ WINTERS, A. L., WALMSLEY, T. L., WANG, Z. K. et al., "Liberalising Temporary Movement of Natural Persons: An Agenda for the Development Round", *The World Economy*, vol. 26, 2003, pp. 1137-1161.

³²⁸ FINDLAY, C. Y WARREN, T., (eds.), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications*, op. cit., introducción.

ADLUNG, R., "Services Trade Liberalization from Developed and Developing Country Perspective (Chapter 5)", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Center for Business and Government, Washington, DC, Brookings Institution Press, 2000

información que son actividades intensivas en capital y maquinaria³²⁹. De los argumentos antes señalados, los beneficios económicos de una progresiva liberalización del CIS parecen en perspectiva ser importantes, sobre todo considerando que las barreras existentes, al ser sobre todo medidas regulatorias opacas y otras medidas no arancelarias, son especialmente amplias y variadas.

El crecimiento económico es usado para valorar los resultados del proceso de liberalización y por ende la eficacia del AGCS también suele ser valorado bajo este criterio. En tanto que el AGCS da los principios y disposiciones generales que orientan a la realización de un comercio internacional de servicios dentro de un mercado más competitivo y no discriminatorio (respecto a los servicios y proveedores de servicios extranjeros), también en el marco del AGCS se dan las negociaciones tendientes a una mayor liberalización del CIS.

Varios estudios han concluido que los beneficios generados por la liberalización de servicios en el marco de la Ronda de Doha pueden ser importantes en relación a otros sectores de la economía y alcanzan también a los PED³³⁰. Estos beneficios, sin embargo, no fueron considerados por los PED inicialmente en las negociaciones relacionadas con la creación del AGCS, quienes veían en el sector y su liberalización beneficios para los países de mayores ingresos donde el crecimiento de los servicios era importante o inminente. Además los PED destacaban que muchos sectores de servicios no son intensivos en capital humano, en capital físico o ambos – lo que significa que los países industrializados tenían una ventaja comparativa y que por ende continuarían controlando el comercio después de la liberalización.

Por su parte, los economistas liberales consideraban que los PED como regla general pueden obtener mayores beneficios de la importación y exportación de servicios, concediendo períodos limitados de proteccionismo para el caso de ciertas industrias infantiles³³¹. Los PED fueron animados hacia la liberalización de los servicios y la firma del Acuerdo por las promesas de futuros beneficios y concesiones en otros sectores³³². Se argumentó que todos los países tienen ventaja comparativa en una cierta área³³³, que los servicios juegan un papel dominante en la economía por

³²⁹ FEKETEKUTY, G., *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for negotiations*, op. cit..

³³⁰ ROBINSON, S., WANG, Z. Y MARTIN, W., "Capturing the Implications of Services Trade Liberalization" (paper presented at the Second Annual Conference on Global Economic Analysis, Eberbruk, Dinamarca, 20 a 22 de junio 1999); DEE, P. Y HANSLOW, K., "Multilateral Liberalisation of Services Trade", *Productivity Commission Staff Research Paper*, Ausinfo, Canberra, 2000; BROWN, D. K., DEARDORF, A. Y STERN, R., "Computational Analysis of Multilateral Trade Liberalisation in the Uruguay Round and Doha Development Round", Research Seminar in International Economics, Discussion Paper No. 489, University of Michigan, 2002.

³³¹ FEKETEKUTY, G., *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for negotiations*, op. cit.

³³² Ver en detalles las negociaciones de la creación del AGCS.

³³³ FEKETEKUTY, G., *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for negotiations*, op. cit. Los principales argumentos económicos dados sobre las potencialidades del comercio de servicios en los PED son: Los bajos costos de la mano de obra puede convertirse en una ventaja competitiva de los PED para

su función de “bien intermedio”, y que los servicios en gran parte son comercializados mediante la IED, aspectos que pueden traer consigo beneficios para los PED. Se dan como ejemplo las actuaciones de sectores como el turismo, donde algunos PED tienen ventaja comparativa; servicios de transporte y comunicaciones, donde es posible que los PED desarrollen servicios que son parte de la cadena de producción; y servicios empresariales o financieros, donde la inversión ha generado un crecimiento en la producción y el consumo³³⁴.

LAMY apuntaba, “es cierto que la apertura comercial puede causar recursos y empleo a las industrias más productivas. Nadie debe quedar atrás. Políticas nacionales adecuadas deberían ser puestas en marcha. Abrir nuevas oportunidades de comercio en servicios tiene sentido para el crecimiento y tiene sentido para la creación de empleo”³³⁵. La Secretaría de la OMC se muestra así de acuerdo en que el crecimiento económico y el desarrollo están relacionados en el ingreso económico de un país. Respecto al comercio de servicios afirma que “*suele haber una relación positiva entre la proporción de los servicios y el nivel de ingresos o de desarrollo*”³³⁶.

Sin embargo, actualmente no existen resultados globales y generalizados sobre cómo el mayor CIS realiza su aporte en la mejora de la situación económica y el crecimiento de los PED. Los resultados son más bien aislados y sectoriales, se han desarrollado análisis generales sobre la incidencia del CIS en el ámbito interno y externo de la economía. Así como son varios los estudios específicos sobre cómo determinados sectores han afectado positivamente al crecimiento de determinados PED. Otro problema que destaca en la obtención de resultados globales y determinantes sobre el efecto del comercio de servicios en el crecimiento económico es la dificultad en la obtención de datos fiables sobre el CIS.

Entonces, incluso desde la perspectiva específica del crecimiento económico, la incidencia exacta del CIS en las economías nacionales es difícil de determinar y dificulta valorar la relación del comercio de servicios con el desarrollo. A pesar que la mayoría de economistas acepta que las

la prestación de los servicios, en tanto ésta constituye en la mayoría de los sectores de servicios el elemento con mayor coste para el sector de servicios. La competitividad internacional depende entre otros factores del costo de la mano de obra. Las habilidades necesarias de los trabajadores y proveedores de servicios, el ambiente institucional y la efectiva organización de inputs de servicios, necesarias para la producción de servicios exportables, son posibles de desarrollar, dejando de ser desventajas de los PED para la exportación de servicios.

³³⁴ HODGE, J., "Liberalization of Trade in Services in Developing Countries", *Toward a More Balanced and Comprehensive Services Agreement*, HOEKMAN, B. (ed.), World Bank, Washington, DC, 1999; p. 221-234.

HODGE, J. Y NORDAS, H. K., "Liberalization of trade in producer services : the impact on developing countries", *South African journal of economics*, vol. 69, no. 1, 2001, pp. 93-122; KARSENTY, G., "Assessing Trade in Services by Mode of Supply", *op. cit*; OECD, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", OECD, Paris, 1997.

³³⁵ LAMY, P., "Services will play a key role in economic recovery" (paper presented at the Global Services Summit, Washington, 22 September 2010)

³³⁶ OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aspectos de las negociaciones de la Ronda de Doha relativos al desarrollo*, Doc. WT/COMTD/W/143/Rev.5, 2010, *cit.*, p. 17.

economías abiertas suelen tener, a largo plazo, mejores resultados que las cerradas y que el proteccionismo no es una política adecuada para erradicar la pobreza y desigualdad, no se tiene consenso sobre cómo medir la apertura económica y de cuál es el significado exacto del mejor resultado en términos de pobreza y desigualdad³³⁷. Cómo medir la apertura comercial, la desigualdad y la pobreza, es en sí mismo una cuestión controversial. “En la práctica, la relación entre comercio internacional y crecimiento está determinada por una compleja selección de factores internos y externos. La información comparativa entre países no constituye una base sólida para que se apliquen condiciones de préstamo o normas del comercio mundial con el fin de propiciar una rápida liberalización.”³³⁸.

B. El comercio internacional de servicios y el desarrollo humano

La segunda perspectiva para analizar la relación del comercio de servicios y el desarrollo utiliza una perspectiva más integral, la del desarrollo humano³³⁹. Este apartado se inicia estableciendo las conexiones entre comercio internacional en general y desarrollo humano, para luego concentrarse en el sector de los servicios, el cual presenta ciertas peculiaridades en su incidencia sobre el desarrollo humano.

1. El desarrollo humano y el comercio internacional

El desarrollo humano suele ser definido como “un proceso de ampliación de las posibilidades de las personas, posibilidades que en principio pueden ser infinitas y cambiables en el tiempo”³⁴⁰. Las capacidades o posibilidades más esenciales de las personas son las de tener una vida larga y saludable, adquirir conocimientos y disfrutar de un nivel de vida digna. El desarrollo humano incluye también un conjunto más amplio de capacidades entre las que se incluyen: la libertad política, económica y social; la garantía de los derechos humanos y el respeto de los mismos; las oportunidades de ser creativos y productivos; entre otras³⁴¹. Conlleva dos aspectos, por

³³⁷ GIORDANO, P. Y FLOREZ, V., "Una evaluación del vínculo entre comercio y pobreza en América Latina", *op. cit.*, pp. 394 ss, 415.

³³⁸ SAMMAN, H., "Openness and Growth: An Empirical Investigation", 2005; ONU y PNUD, *Informe sobre el desarrollo Humano, La cooperación internacional ante una encrucijada: Ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual*, Madrid, Barcelona, México, Ediciones Mundi-Prensa, 2005, p. 135.

³³⁹ No se puede afirmar que estas perspectivas sean antagónicas ni claramente diferentes, por el contrario los criterios del desarrollo humano son aceptados y reconocidos al hablar sobre desarrollo sostenible y viceversa. Pero se considera que esta diferenciación sirve para orientar mejor la perspectiva del desarrollo dentro del marco de la OMC y el GATS. Considerando el interés que han prestado recientemente los Miembros de la OMC en la cuestión del medio ambiente.

³⁴⁰ Esta definición es la que se dio en el primer informe sobre el desarrollo humano, suele ser una de las definiciones más utilizadas y admitidas. PNUD, "Informe sobre el desarrollo humano 1990, Concepto y medición del desarrollo humano", Naciones Unidas, Nueva York, 1990.

³⁴¹ *Ibid.*; UNDP, *Development Dictionary*; disponible en http://www.undp.org/poverty/devglossary_main.shtml.

un lado, formar las capacidades de las personas mediante una mejora en la salud, los conocimientos y habilidades, y por el otro lado, usar de manera apropiada estas capacidades para obtener lo que es valorado³⁴². El desarrollo humano coloca al individuo y sus necesidades esenciales como el fin del desarrollo y por ende en el centro del interés de la comunidad internacional.

Este enfoque fue desarrollado esencialmente por el PNUD, que ha creado y promueve el uso del Índice de Desarrollo Humano (IDH) para medir el mayor o menor nivel de desarrollo en distintos países.³⁴³ El enfoque del desarrollo humano se diferencia de los enfoques convencionales que consideran los ingresos y el crecimiento económico como el objetivo final del desarrollo; mientras el desarrollo humano se concentra en las personas y en su capacidad para ser agentes de cambio³⁴⁴. La pobreza es un concepto que va más allá que la falta de ingresos y la capacidad de consumo y el crecimiento se analiza más bien desde la perspectiva de la calidad y de la distribución del ingreso (mientras la perspectiva más tradicional hace referencia esencialmente a la medición del PIB). Los gobiernos y organizaciones internacionales tienen un creciente interés en el enfoque del desarrollo humano como una manera de tratar los retos de la sociedad internacional, en este sentido se adoptaron los *Objetivos de Desarrollo del Milenio* (ODM). Los objetivos constituyen el marco para desarrollar y monitorear varios aspectos del desarrollo humano de manera concreta y programática³⁴⁵. En este contexto un último impulso para alcanzar estos objetivos se realizó en la Cumbre Mundial de 2010 sobre los ODM, que concluyó con la aprobación de un plan de acción mundial con nuevas iniciativas y compromisos varios de financiaciones y subvención³⁴⁶.

³⁴² UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, GAY, D., MBONDE, A. et al., *Aid for Trade and human development: a guide to conducting Aid for Trade needs assessment exercises*, Geneva, United Nations publication, 2008, p. 25.

³⁴³ Los Índices de desarrollo humano se publican en los informes de desarrollo humano del PNUD <http://hdr.undp.org/en/reports/ebooks/>. La valoración del IDH se hace considerando las mediciones sobre la esperanza de vida (relacionada con la salud), la educación (medida por la tasa de alfabetización y escolarización) y el nivel de vida de los países del mundo (medida por el ingreso en relación con el poder adquisitivo). La relación entre los tres indicadores tiene múltiples facetas que están interrelacionadas. Ver los recientes informes: ONU Y PNUD, "Informe sobre el desarrollo humano 2011, Sostenibilidad y Equidad: Un mejor futuro para todos", Naciones Unidas, Nueva York, 2011, Anexo estadístico, pp. 144-185; ONU Y PNUD, "Informe sobre el Desarrollo Humano 2010, La verdadera riqueza de las naciones: Caminos para el Desarrollo Humanos", Naciones Unidas, Nueva York, 2010, Cuadros estadísticos de desarrollo humanos, pp. 161-234. Disponibles en la página web del PNUD: <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2011/>, <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2010/> (último acceso 10 de abril de 2012).

³⁴⁴ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, "Trade and Human Development: A Practical Guide to Mainstreaming Trade", UNDP, July, Geneva, UNITED NATIONS PUBLICATION, 2011, p. 9.

³⁴⁵ En la Declaración del Milenio se establecen los objetivos de desarrollo del milenio a los que se comprometen los miembros a alcanzar para el año 2015. Vid. ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Declaración del Milenio*, Quincuagésimo quinto período de sesiones Tema 60 b) del programa, Doc. A/RES/55/2, 13 de septiembre 2000.

³⁴⁶ ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Cumplir la promesa: unidos para lograr los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, Sexagésimo quinto período de sesiones Temas 13 y 115 del programa, Doc. A/RES/65/1, 19 de octubre 2010, párrafo 39, 78. Ver también la nueva matriz sobre los compromisos e iniciativas anunciadas durante la Cumbre. Disponible en http://www.un.org/en/mdg/summit2010/pdf/MDGSummit_Matrix_12Nov2010_rev2_REV%20DZ.pdf

En el enfoque del desarrollo humano, el comercio internacional asume un rol importante como generador del crecimiento económico, indispensable para un mejor nivel de vida y también, como promotor del desarrollo humano en general, también integrándose dentro de los diversos elementos del desarrollo. Esto es cierto, a pesar de que algunas veces la relación entre comercio y desarrollo es más bien compleja y conflictiva.

La primera relación entre el comercio internacional y el desarrollo humano se establece en base a su trascendencia para el logro de los ODM. El comercio internacional constituye una herramienta efectiva para lograr el desarrollo humano, en cuanto su fin último apunta a la consecución de los ODM, a las metas de cada uno de estos objetivos y sus indicadores objetivos³⁴⁷. Se han identificado los cuatro pilares del desarrollo humano que se interrelacionan con los ODM y que pueden ayudar a explicar su relación con las políticas de comercio internacional; estos pilares son la equidad, la sostenibilidad, el empoderamiento y la productividad. En tanto que el comercio internacional aporte al reforzamiento de estos pilares, será efectivo en el desarrollo humano³⁴⁸.

Resaltan dos ODM en los que se aprecia más claramente la interrelación que existe entre comercio internacional y desarrollo humano: El primero es el objetivo de erradicar la pobreza extrema y el hambre. La evaluación reciente de este objetivo muestra que la crisis económica y financiera mundial causó una abrupta caída de los precios de los productos básicos, redujo el comercio y las inversiones y ralentizó el crecimiento global, lo que produjo expectativas limitadas respecto a las metas del desarrollo en el 2010³⁴⁹. A pesar de estos resultados, en el año 2011 las perspectivas sobre la meta de reducción global de la pobreza vuelven a ser positivas. Esto es debido al crecimiento sostenido de los PED particularmente en países de Asia, China e India donde se prevén importantes reducciones en las tasas de la pobreza para el 2015. Sin embargo, cabe señalar que la reducción del desempleo y subempleo así como el hambre no ha sido significativa y se ha estancado en algunas regiones³⁵⁰.

³⁴⁷ Los 8 objetivos de desarrollo del Milenio son la erradicación de la pobreza extrema y el hambre, la educación primaria universal, la igualdad entre los géneros, la reducción de mortalidad infantil, mejorar la salud materna, combatir el avance del VIH/sida y otras enfermedades, y la sostenibilidad del medio ambiente. Se agregó como meta el "fomentar una Asociación Mundial para el Desarrollo", relacionada más directamente con un enfoque más social en el marco de los mercados económicos y financieros internacionales, *Vid.* ONU, "We Can End Poverty 2015: Millennium Development Goals", Nueva York, 2000, www.un.org/millenniumgoals/, última revisión agosto 2013.

³⁴⁸ El PNUD introdujo esta relación entre los pilares del desarrollo humano y el comercio, *vid.* PNUD, "Book for Human Development Impact Assessment of Trade Policy, draft", UNDP Regional Services Centre, Colombo, 2008 y UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, "Trade and Human Development: A Practical Guide to Mainstreaming Trade", *op. cit.*, pp. 11-12.

³⁴⁹ ONU, DIVISIÓN DE ESTADÍSTICA DEL DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LAS NACIONES UNIDAS (DESA), *Objetivos de Desarrollo del Milenio - Informe 2010* 2010, p. 6-15.

http://www.un.org/es/comun/docs/?path=/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG_Report_2010_SP.pdf

³⁵⁰ ONU, DIVISIÓN DE ESTADÍSTICA DEL DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LAS NACIONES UNIDAS (DESA), *Objetivos de Desarrollo del Milenio - Informe 2011*, junio 2011, p. 5-11

El comercio internacional y la liberalización pueden ayudar a reducir la pobreza, el hambre y el desempleo³⁵¹. Pero este crecimiento, si no está acompañado de un desarrollo integral que incluya bienestar físico y mental, posibilidades de educación y esparcimiento, conservación del medio ambiente, seguridad personal y colectiva, respeto de los derechos humanos entre otros, puede no generar el desarrollo humano de manera integral e incluso perjudicar su obtención. Cabe resaltar que las políticas de erradicación de la pobreza pueden incluir políticas de acceso al mercado y liberalización del comercio, pero éstas deben ser adecuadas a las circunstancias y necesidades específicas del país.

El otro ODM que está vinculado más estrechamente con el comercio internacional y que hace referencia expresa al comercio internacional es el de “fomentar una alianza mundial para el desarrollo”. Este objetivo es considerado un medio para lograr los otros siete objetivos. Señala la relación entre comercio y desarrollo a través de varias de sus metas³⁵², las cuales están vinculadas con la apertura comercial, el alivio de la deuda de los países pobres, el acceso a la tecnología, la buena gobernanza y reducción de la pobreza, y emplaza a los países donantes a otorgar más y mejor ayuda oficial para el desarrollo. El espíritu de este objetivo descansa en el principio de la *coherencia de políticas para el desarrollo*³⁵³. La sociedad internacional reconoce que las políticas nacionales en áreas distintas a las de cooperación al desarrollo tienen impacto en otros países y especialmente en los países receptores de la cooperación. En este sentido, se ha desarrollado el principio de la coherencia política para el desarrollo³⁵⁴, que tiene por objetivo fortalecer la sinergia de políticas para mejorar la efectividad de políticas del desarrollo y otras políticas que tienen efecto internacional. Este principio es importante para el éxito de las políticas de desarrollo y de

http://www.un.org/es/comun/docs/?path=/spanish/millenniumgoals/pdf/11-31342%28S%29MDG_Report_2011_Book_LR.pdf

³⁵¹ Como también se ha visto en el apartado anterior desde la perspectiva del crecimiento económico, ver apartado II A.

³⁵² Ver metas 8.A, 8.B y 8.C del objetivo 8 de los ODM. De esta forma, llama a la sociedad internacional a continuar desarrollando un sistema comercial y financiero abierto, basado en reglas establecidas, predecible y no discriminatorio, incluidos los compromisos sobre una buena gobernanza y reducción de la pobreza; atender las necesidades especiales de los países menos desarrollados y atender las necesidades especiales de los países sin litoral y los pequeños estados insulares en vías de desarrollo.

³⁵³ El principio de coherencia se ha asentado en distintos marcos doctrinales y jurídicos, sean los documentos del CAD, el Tratado de la Unión Europea, el llamado “Consenso Europeo sobre Desarrollo”, o las declaraciones de Naciones Unidas que se mencionan a continuación.

³⁵⁴ Especialmente impulsado por la UE y la OECD, *vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL, *Coherencia de las Políticas en favor del Desarrollo - Acelerar el avance para cumplir los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, Doc. COM (2005) 134 final, 12 de abril 2005, no publicada en el Diario Oficial. La OCDE ha propuesto definir el concepto de coherencia de las políticas de desarrollo (CPD) de la forma siguiente: “La coherencia de las políticas de desarrollo supone trabajar para garantizar que los objetivos y resultados de las políticas de desarrollo de un gobierno no se ven mermadas por otras políticas de ese mismo gobierno que afecten a los países en desarrollo y que esas otras políticas apoyen los objetivos de desarrollo cuando ello sea posible”. OECD, *Declaration on Policy Coherence for Development*, Doc. C/MIN(2008)2/FINAL, 4 June 2008.

cooperación para el desarrollo. En este sentido, se afirma que el esfuerzo realizado por los donantes para otorgar más ayuda y mejorar su calidad puede ser vano si otras políticas operan en sentido contrario³⁵⁵. La coherencia política para el desarrollo, respecto al objetivo de “fomentar una alianza mundial para el desarrollo”, implica la sinergia y congruencia entre las políticas nacionales (comerciales, de deuda y de ayuda al desarrollo) y los objetivos del desarrollo humano. En la práctica internacional, por ejemplo, la Comisión Europea incluye al comercio internacional dentro de los ámbitos políticos prioritarios suplementarios de la ayuda al comercio³⁵⁶, se ha pronunciado a favor de la integración del comercio en las estrategias de desarrollo y afirma que, llegado el caso, ayudará a los países en desarrollo a realizar reformas internas³⁵⁷.

La relación entre el comercio internacional y el desarrollo humano se respalda también en el *enfoque de los derechos humanos para el comercio internacional*. En tanto el desarrollo humano y los derechos humanos tienen mucho en común, y sus respectivos enfoques se interrelacionan y complementan³⁵⁸. El enfoque de los derechos humanos para el comercio internacional fue desarrollado en el marco de las Naciones Unidas³⁵⁹ y examina el efecto de la liberalización del

³⁵⁵ Vid. SANAHUJA, J.A., ¿Más y mejor ayuda?: la Declaración de París y las tendencias en la cooperación al desarrollo. 2007, pp. 78-79.

³⁵⁶ “En la presente Comunicación, la Comisión identifica once ámbitos políticos prioritarios suplementarios de la ayuda en los que resulta especialmente interesante invertir para lograr sinergias con los objetivos de la política de desarrollo. La Comisión definió, para cada uno de estos ámbitos prioritarios, orientaciones generales, así como una serie de medidas específicas que deberían contribuir a acelerar el avance para lograr los ODM”. Estos ámbitos son Comercio, Medio ambiente, Seguridad Agricultura, Pesca, Dimensión social de la globalización, Promoción del empleo y del trabajo digno, Migraciones, Investigación e innovación, Sociedad de la información, Transporte, Energía.”

³⁵⁷ Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL, *Coherencia de las Políticas en favor del Desarrollo - Acelerar el avance para cumplir los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, Doc. COM (2005) 134 final, 2005, *cit.*, no publicada en el Diario Oficial. La UE afirma buscar una solución duradera y respetuosa con el desarrollo al Programa de Doha para el desarrollo y a los Acuerdos de Asociación Económica (AAE) con los países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP). Asimismo, se compromete con la mejora de su sistema de preferencias generalizadas con el fin de reforzar las exportaciones a la UE procedentes de los países en desarrollo. Para una revisión del trabajo de la OECD en la promoción de la Coherencia política para el desarrollo, *vid.* COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *EU 2009 report on policy coherence for development*, Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Doc. COM(2009) 461 final, Doc. SEC(2009) 1137 final, 17 de setiembre 2009, p. 11.

³⁵⁸ OSMANI, S. R., "Poverty and Human Rights: Building on the Capability Approach", *Journal of Human Development and Capabilities*, vol. 6, no. 2, 2005, pp. 205-219; ANAND, S. Y SEN, A., "Gender Inequality in Human Development: Theories and Measurement", Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Human Development Report Office Occasional Paper 19, Nueva York, 1995; SEN, A., "Elements of a Theory of Human Rights", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32, no. 4, 2004, pp. 315-356.

El informe sobre el desarrollo humano del 2000 desarrolló un marco intelectual para que la comunidad de los derechos humanos se involucrara en aspectos del desarrollo, *vid.* ONU Y PNUD, "Informe sobre el Desarrollo Humano 2000, Derechos humanos y desarrollo humano" Nueva York, Naciones Unidas, 2000, pp. 16, 19 ss. Los derechos humanos son una parte constitutiva del desarrollo humano, en este sentido, los objetivos de desarrollo sobre un nivel de vida digna, salud y educación adecuadas; son también derechos humanos que deben ser protegidos normativamente y políticamente.

³⁵⁹ Este enfoque se desarrolló por la Comisión de Derechos Humanos mediante un conjunto de informes sobre derechos humanos y comercio internacional: Informes vinculados al Acuerdo sobre los

comercio internacional en los individuos. Pretende que el derecho del comercio internacional y la política comercial tomen en cuenta los derechos de todas las personas, especialmente las más vulnerables, buscando una progresiva coherencia entre la liberalización del comercio y la realización de los derechos humanos.

Este enfoque se apoya en un desarrollo que comprende no solamente el crecimiento económico y el desarrollo económico sino también la salud, educación, prestación de servicios públicos como agua, luz, seguridad alimentaria, trabajo, procesos políticos entre otros³⁶⁰. Uno de los elementos claves de este enfoque establece que la promoción y protección de los derechos humanos debe ser uno de los objetivos de la liberalización del comercio y no una excepción³⁶¹. La protección de la dignidad y los derechos del hombre se transforma en obligaciones legales que deben cumplir y hacer cumplir los Estados, inclusive dentro del proceso de liberalización del comercio³⁶². El enfoque reconoce también la responsabilidad de tomar en cuenta las particularidades de los PED en el cumplimiento de sus obligaciones comerciales, para el cumplimiento de la protección de los derechos humanos³⁶³. Es esencial destacar que este enfoque reconoce la pérdida de autonomía de los Estados derivada de la firma de acuerdos internacionales,

Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de la OMC (E/CN.4/Sub.2/2001/13), el Acuerdo sobre la Agricultura, de la OMC (E/CN.4/2002/54), informe sobre el Acuerdo General del Comercio de Servicios (E/CN.4/Sub.2/2002/9).

³⁶⁰ Claramente la Comisión de Derechos Humanos se está refiriendo al sentido del desarrollo humano. Vid. ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ECOSOC, *La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos, Derechos económicos, sociales y culturales*, Informe de la Alta Comisionada, Resumen ejecutivo, Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25 de junio 2002, p. 10.

³⁶¹ Se han realizado críticas por ejemplo al sentido que da el ADPIC a la protección de la salud pública, la nutrición, medio ambiente y desarrollo, que se reconoce solamente con una excepción, supeditada por ende a otras disposiciones del acuerdo. Ver informe de ONU, CESCR, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Doc. E/C.12/2001/15 2001, párr. 4, ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, Derechos económicos, sociales y culturales*, Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/13, 27 de junio 2001.

³⁶² Ver principio de Limburg en la implementación internacional de la convención de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Guía de Maastricht sobre la violación de los derechos Económicos, Sociales y Culturales, los comentarios del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ver Declaración del Derecho al Desarrollo art. 2.3. “Los estados tienen el derecho y obligación de formular las políticas nacionales de desarrollo apropiadas, que tengan como objetivo la mejora constante del bienestar de la población entera y de todos los individuos...”

³⁶³ Se ha identificado la necesidad de asegurar el tratamiento especial y diferenciado para los PED y se busca el fortalecimiento de la cooperación internacional, estos dos deben orientarse, entre otros, a mejorar las oportunidades de acceso al mercado para los PED, crear y operacionalizar las disposiciones de TED, en particular las economías vulnerables y PMA. Se debe apuntar también a incrementar el financiamiento para el desarrollo y la creación de incentivos para promover la transferencia de tecnología y asistencia a los PED; vid. ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*, Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/13, 2001, *cit.*, párr. 67, ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La mundialización y sus consecuencias para el pleno disfrute de todos los derechos humanos, Derechos económicos, sociales y culturales*, Informe de la Alta Comisionada, Doc. E/CN.4/2002/54, 15 de enero 2002, párr 47-53; ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ECOSOC, *La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos*, Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/9, 2002, *cit.*, párr. 14.

pero resalta la responsabilidad de asegurar que no se limite de manera desproporcionada su capacidad de política pública para la búsqueda del desarrollo³⁶⁴. El objetivo primordial es mantener la llamada proporcionalidad entre los beneficios de una política comercial abierta, con un marco político y legal suficientemente autónomo, que garantice el cumplimiento de los objetivos nacionales, mediante uso de una política regulatoria eficiente y adecuada a las circunstancias nacionales³⁶⁵.

2. Comercio internacional de servicios y desarrollo humano

Volviendo a la relación entre el CIS y el desarrollo humano, el comercio internacional se entiende primero como una causa del crecimiento, que es uno de los indicadores que apuntan hacia un mejor desarrollo humano. Se relaciona, en este sentido, al CIS con la creación de trabajo e ingresos y los recursos del gobierno que se plasman en un mayor presupuesto estatal, usados por ejemplo para la salud y la educación. De manera indirecta, la mayor actividad comercial generará mayor actividad económica para la población y por ende mayor nivel de vida.

La relación de causalidad entre desarrollo humano y el comercio internacional puede ser también inversa, en tanto que el desarrollo humano puede incrementar el crecimiento económico y el comercio internacional. El desarrollo humano no es solamente un fin en sí mismo, sino también un medio, mediante el cual políticas específicas en educación, de género, salud, ambientales y reducción de la pobreza tienen efecto en el crecimiento³⁶⁶. Existen ejemplos de políticas nacionales relacionadas con el fomento y la inversión para y por el desarrollo humano que son consideradas exitosas. Varios países asiáticos dieron prioridad a sectores como la salud, educación y la investigación y su relación con la industria y la exportación. Se ha demostrado que las políticas de comercio internacional acompañadas de otras políticas nacionales adecuadas pueden dar oportunidades para el desarrollo económico y la reducción de la pobreza³⁶⁷.

Sin embargo, los argumentos sobre los beneficios automáticos de la liberalización de las importaciones son poco sólidos, ya que una liberalización lograda del comercio y una

³⁶⁴ ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*, Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/13, 2001, *cit.*, párr. 24, ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *La mundialización y sus consecuencias para el pleno disfrute de todos los derechos humanos*, Doc. E/CN.4/2002/54, 2002, *cit.*, párr. 41.

³⁶⁵ ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ECOSOC, *La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos*, Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/9, 2002, *cit.*, párr. 9.

³⁶⁶ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, GAY, D., MBONDE, A. et al., *Aid for Trade and human development: a guide to conducting Aid for Trade needs assessment exercises*, *op. cit.*, p. 25-26.

³⁶⁷ Ver por ejemplo el caso de Singapur donde la estrategia de promoción de la exportación estuvo conectada con una prestación de salud y educación universal y los casos de la República de Corea, Taiwán y Malasia donde la inversión pública creció continuamente en más de un 15% entre los años 70 y 90. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, *People, Trade and Development: Learning from Asia-Pacific*, Colombo, United Nations publication, 2005.

profundización de la integración suelen ser el resultado de un crecimiento sostenido. Son necesarias reformas previas (regulatorias, institucionales, etc.) para crear un impulso al crecimiento económico y que lleve hacia una posterior disminución progresiva de los aranceles y barreras en general³⁶⁸. Tampoco existen garantías o un plan generalmente aceptado que avale una plena integración de los mercados mundiales, lo que constituye el principal fundamento de los beneficios generados por la liberalización comercial. En todo caso, el crecimiento generado por el comercio internacional debe ser orientado hacia el desarrollo humano y se afirma que debe ser “manejado” de una manera adecuada para conseguir un impacto real en la pobreza³⁶⁹.

También, algunas veces esta interrelación y la necesidad de un balance entre comercio internacional y desarrollo humano no son tomadas en cuenta. La necesidad de creación de bienestar económico se convierte en la prioridad, en tanto el desarrollo humano pasa a ser en una preocupación menos importante³⁷⁰. En este mismo sentido, el éxito de una política vinculada con el comercio se suele medir en términos del crecimiento de exportación, eliminación de obstáculos a las importaciones y relación comercio/PIB, es decir, se percibe al desarrollo a través de la lente del comercio³⁷¹, cuando el comercio es en realidad sólo el medio para lograr un desarrollo humano.

Para lograr que la interacción entre el desarrollo humano y el CIS tenga unas bases sólidas que orienten sus intereses, se deben considerar otros elementos de la realidad nacional y global, los cuales que determinan la actuación de los Estados. Los organismos internacionales reconocen cada vez más la influencia de las circunstancias y características específicas de cada país en la interacción entre comercio internacional y desarrollo humano, como los elementos sociales, geográficos, ambientales, de capital, infraestructura, aspectos laborales, políticos e institucionales, regulatorios. También tienen especial incidencia el régimen legal y políticas específicas de comercio internacional de cada país, incluidos los acuerdos internacionales.

Se enfatiza también en la importancia de la conexión de todas las políticas nacionales y en la necesidad de realizar políticas nacionales complementarias a la liberalización del comercio internacional, como políticas sociales, reformas regulatorias e institucionales. La OECD recomienda especialmente la existencia de un marco regulatorio e institucional eficiente, políticas macroeconómicas que promuevan la estabilidad y crecimiento, políticas de promoción del trabajo

³⁶⁸ ONU Y PNUD, *Informe sobre el desarrollo Humano, La cooperación internacional ante una encrucijada: Ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual*, op. cit., p. 134.

³⁶⁹ STEVENS, C. Y PHILIPS, L., *Creating Country Trade Negotiating Strategies: A Handbook*, London, Overseas Development Institute, 2007.

³⁷⁰ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, GAY, D., MBONDE, A. et al., *Aid for Trade and human development: a guide to conducting Aid for Trade needs assessment exercises*, op. cit., p. 25.

³⁷¹ RODRIK, D., "The Global Governance of Trade as if Development Really Mattered", *Background papers commissioned by UNDP as part of the Trade and Sustainable Human Development*, UNDP, April, New York, 2001.

entre otras³⁷². Se acepta que el comercio internacional genera oportunidades para el desarrollo humano en condiciones adecuadas, sin embargo, en muchos países y poblaciones del mundo estas condiciones no se hacen realidad. En este sentido, se identifican ciertos requisitos necesarios para conseguir el desafío de aprovechar los beneficios de la liberalización del comercio, procurando a la vez resguardar a los más vulnerables y que los beneficios sociales se magnifiquen. Estas condiciones incluyen la necesidad de integrar estrategias de industrialización y tecnologías, políticas para superar las desigualdades estructurales, reducción de la vulnerabilidad protegiendo a los desfavorecidos de los ajustes económicos, promoción de capacidades básicas para inclusión de la población desfavorecida en mercados formales, considerar los costos sociales y ambientales³⁷³.

En resumen, la integración internacional de los mercados de servicios y el CIS puede constituir un motor del crecimiento y generar oportunidades para incrementar el desarrollo humano si se toman en cuenta las especificidades de los países, se realizan políticas nacionales complementarias y se crean las condiciones necesarias para aprovechar los beneficios del comercio. Cabe también recordar que según el PNUD *“los países pueden integrarse a la economía mundial de muchas formas y con distintas estrategias y que no todas ellas exigen la liberalización total del comercio; esto permite dejar espacio para adoptar políticas nacionales públicas y sectoriales más específicas”*³⁷⁴.

En concreto, existe una interrelación entre la liberalización del comercio de servicios con el desarrollo humano, no solamente por la generación de ingreso que repercute en el nivel de vida, sino también por la incidencia de los sectores de servicios que son prioritarios en el proceso de la liberalización del comercio internacional, como los servicios financieros, telecomunicaciones entre otros. La UNCTAD en el marco del análisis de las repercusiones del comercio de servicios para el desarrollo apunta que la mayor liberalización del comercio de servicios tiene el potencial para coadyuvar al desarrollo de los todos los PED, incluidos los PMA así como las economías en transición. De igual forma, afirma que el buen funcionamiento de los servicios en la economía es clave para alcanzar los ODM³⁷⁵.

³⁷² OECD, "Trade and structural Adjustment: Embracing Globalization", OECD, Paris, 2005.

³⁷³ ONU Y PNUD, *Informe sobre el desarrollo Humano, La cooperación internacional ante una encrucijada: Ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual*, op. cit., p. 127, 135 ss. http://hdr.undp.org/en/media/HDR05_sp_chapter_42.pdf

³⁷⁴ ONU Y PNUD, "Informe sobre el Desarrollo Humano 2010, La verdadera riqueza de las naciones: Caminos para el Desarrollo Humanos", op. cit., Capítulo 6. El programa después del 2010 en p. 118.

³⁷⁵ UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el desarrollo", op. cit.; UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el desarrollo", *Noveno período de sesiones. del 14 a 18 de marzo de 2005*, TD/B/COM.1/71, 20 de enero 2005, Ginebra, 2005. Sobre los derechos humanos y el comercio de servicios, vid. ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ECOSOC, *La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos*, Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/9, 2002, cit.

En general, el crecimiento de los servicios y su comercialización internacional están relacionados con el mayor desarrollo humano, ya que tiene implicaciones importantes sobre todo con la reducción de la pobreza³⁷⁶. Los servicios están relacionados en este sentido con una mayor generación de trabajo³⁷⁷, indispensable para poder disfrutar de un nivel de vida decente, en tanto el derecho al trabajo es también un derecho humano. Se enfatiza en la relación de los servicios con la generación de trabajo, porque ciertos servicios están relacionados con los sectores donde es necesaria una mayor densidad de mano de obra, como es el caso de los servicios prestados a las empresas, servicios de recreación y servicios de construcción. Los PED tienen mayor potencial exportador especialmente en sectores que requieren el uso más intensivo de capital humano, como con ciertos servicios relacionados con la tecnología, que incluyen servicios de software, “*back-office processing*” y “*call centers*”, en los cuales la India es uno de los países que va teniendo mucho éxito.

Desde algunos sectores de la sociedad civil se suelen plantear dudas sobre cómo una mayor liberalización del comercio de servicios puede ser efectiva para aumentar los índices relacionados con la esperanza de vida, la educación, y el nivel de vida de los países. En tanto, desde el Sistema Multilateral del Comercio se defiende la existencia de una interrelación positiva entre el crecimiento del comercio y el desarrollo, como consecuencia de la eliminación de barreras y otras medidas vinculadas. Se considera que la liberalización del comercio de servicios beneficiará a un mayor nivel de vida en los países que se comprometan con las políticas de apertura, sin perjudicar a las facultades del gobierno para cumplir con sus políticas públicas vinculadas con los derechos sociales, educación, salud entre otros. El principal argumento es que el AGCS es lo suficientemente flexible como para acoger las decisiones de políticas públicas de los Miembros, mientras realizan e implementan sus compromisos de liberalización³⁷⁸.

³⁷⁶ Vid. UNCTAD, *Universal Access to Services*, Nota de la secretaria, Doc. TD/B/COM.1/EM.30/2, 18 de agosto 2006; KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2003.

³⁷⁷ En un último informe de la UNCTAD se resalta que las políticas comerciales pueden impulsar la demanda de mano de obra en el sector de exportación y preservar el empleo en los sectores que compiten con las importaciones. Los efectos de la creación o la preservación del empleo pueden ser mayores si se dirigen a manufacturas y servicios con gran densidad de mano de obra. Algunos servicios tienen más densidad de mano de obra que otros (por ejemplo, los servicios de recreación, los financieros y los de seguros, así como los servicios prestados a las empresas). La liberalización de los servicios intensivos en mano de obra a través del modo 4 podría también facilitar la creación de empleo y generar ganancias estimadas en más de 150.000 millones de dólares, *vid.* UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DE COMERCIO Y DESARROLLO, "Examen de la evolución del sistema de comercio internacional y mejora de su contribución al desarrollo y la recuperación económica, Nota de la secretaria de la UNCTAD", *Reunión multianual de expertos sobre servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional del 6 a 8 de abril de 2011*, TD/B/C.I/15, 28 de marzo de 2011, Ginebra, 2011, párr. 38 y 44.

³⁷⁸ Las disposiciones sobre AM y TN del AGCS se aplicarán al comercio de servicios en la medida y sentido que los Miembros realicen sus listados de compromisos. Por lo que puede limitarse su aplicación. *Vid.* Art. XVI y XVII del AGCS.

La dificultad para alcanzar efectividad de la liberalización del comercio respecto al desarrollo humano reside especialmente en la determinación de las áreas o sectores donde se ha venido enfatizando esta liberalización. Según el PNUD, en los PD se ha enfatizado la liberalización en aspectos que amenazan las perspectivas del desarrollo humano³⁷⁹. La prioridad ha sido la liberalización y el establecimiento de normas multilaterales respecto a la presencia comercial³⁸⁰ de servicios, así como sobre establecimiento de instituciones financieras, bancos o compañías de seguros. Se han dejado de lado sectores o modos que pueden ser de mayor interés para los PED, especialmente el movimiento temporal de personas físicas³⁸¹. Son especialmente importantes las limitaciones creadas por las barreras de acceso al movimiento temporal de trabajadores con ocupaciones menos especializadas o no cualificadas³⁸². Los profesionales que hacen entrega de servicios profesionales de manera personal, con calificación media y baja en países desarrollados como Europa y Estados Unidos, tienen dificultades regulatorias y migratorias, limitando de esta forma una apertura del comercio de servicios que generaría un mayor desarrollo humano³⁸³. Por ejemplo, en algunos casos los exportadores de servicios deben demostrar que no hay ninguna otra alternativa de mano de obra semejante en el país importador, o cumplir con requisitos de paridad salarial, realizar las aportaciones a la seguridad social, exigencias de experiencia profesional y otros para el reconocimiento de calificaciones profesionales necesarias para prestar el servicio y realizar los procedimientos complicados para obtener los permisos de trabajo, licencias y visados, pasar por pruebas de necesidad económica del país receptor, entre otros³⁸⁴. Una muestra de las

³⁷⁹ ONU Y PNUD, *Informe sobre el desarrollo Humano, La cooperación internacional ante una encrucijada: Ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual*, op. cit., p. 154, 205.

³⁸⁰ La presencia comercial de un proveedor de servicios extranjero es uno de los 4 Modos de prestación de servicios según la definición del AGCS. En concreto es el modo 3, definido como la prestación de un servicio “por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro” (párrafo 2 del artículo I del AGCS).

³⁸¹ Ver párrafo 2 del artículo I del AGCS, Modo 4 (Presencia de personas físicas): suministro de un servicio por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro. Este modo abarca a las personas físicas que son ellas mismas proveedoras de servicios y también a las personas físicas empleadas de proveedores extranjeros de servicios en el país huésped. Los Miembros han consignado en sus Listas compromisos basados en las siguientes categorías de personas: profesionales independientes; personal transferido dentro de la misma empresa; personas en visita de negocios; y proveedores de servicios por contrato.

³⁸² CHANDA, R., "Mobility of Less-Skilled Workers under Bilateral Agreements: Lessons for the GATS", *Journal of World Trade*, vol. 43, no. 3, 2009, pp. 479-506. Identifica las prácticas deseadas de dos acuerdos bilaterales sobre movimiento temporal de trabajadores menos cualificados y valora cómo estos aspectos pueden incorporarse a las negociaciones del AGCS sobre modo 4. Ver también BUTKEVICIENE, J., "Movement of Natural Persons under GATS", en UNCTAD (ed.), *Positive Agenda and Future Trade Negotiations: Issues for future trade negotiations*, New York, Geneva, United Nations, 2000, pp. 193-203, en pp. 201-203.

³⁸³ UNCTAD, *Positive Agenda and Future Trade Negotiations*, New York, 2000.

³⁸⁴ MATTOO, A. Y MISHRA, D., "Foreign Professionals in the United States: Regulatory Impediments to Trade", *Journal of International Economic Law*, vol. 12, no. 2, 2009, pp. 435 - 456.

WINTERS, A., "The Temporary Movement of Workers to Provide Services (GATS Mode 4)", en MATTOO, A., STERN, R., et al. (eds.), *A Handbook of international trade in services*, Oxford, Oxford

dificultades de acceso al mercado en el movimiento temporal de personas es el caso del sector de programas informáticos de la India, los servicios médicos de la India, que deben cumplir requisitos gravosos para entrar en el mercado de los Estados Unidos³⁸⁵. Los servicios relacionados con las actividades profesionales cualificadas son uno de los sectores de mayor exportación en la India y también un sector de gran potencial para beneficiar el desarrollo humano de este país, por lo que debería potenciarse su liberalización.

CHANDA afirma que “esta resistencia de los Miembros respecto a los servicios prestados por los trabajadores menos cualificados refleja el amplio rango de preocupaciones relacionados con la migración, incluidas la seguridad, integración cultural y social, o preocupaciones relacionadas con el mercado de trabajo”³⁸⁶. Adicionalmente, los compromisos de liberalización en la prestación de servicios derivada del movimiento de personas naturales originarias de PED están relacionados generalmente con el establecimiento comercial de servicios, lo que reduce de manera importante la apertura del mercado.

La liberalización de servicios mediante el movimiento temporal de trabajadores podría significar importantes beneficios en el desarrollo humano en particular en la creación de empleo³⁸⁷ y en especial en los PED. Los beneficios de los PED también se verían reflejados en los PD en especial por las recaudaciones tributarias. Sin embargo persiste el temor de potenciales perjuicios a los trabajadores menos cualificados de los PD que competirían con los trabajadores temporales más cualificados, especialmente evidente en tiempos de crisis. Un estudio de WINTER³⁸⁸ calcula que las ganancias de una liberalización del Modo 4 del AGCS podrían ser mayores que las esperadas de la

University Press, 2008, pp. 481-539; WINTERS, A., "The Economic Implications of Liberalizing Mode 4 Trade", en MATTOO, A. Y. Y CARZANIGA, A. (eds.), *Moving People to Deliver Services.*, Nueva York y Washington D.C, Oxford University Press y World Bank, 2003, pp. 59-92; PARIKH, A. Z. S., "An Indian Perspective of Legal Services under GATS", en R.K. DIXIT, C. J. (ed.), *Dynamics of International Law in the New Millennium*, New Delhi, Indian Society of International Law, 2004, pp. 284-301; PARIKH, V., "Movement of Natural Persons under the GATS in Computer and Related Services", Presentation to the Joint WTO-World Bank Symposium on “The Movement of Natural Persons (Mode 4) Under the GATS”, 11–12 April, Geneva, 2002; SAUVÉ, P., "Been there, not yet done that: lessons and challenges in services trade", en PANIZZÓN, M., POHL, N., et al. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum 2006*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 599-631.

³⁸⁵ Vid. MATTOO, A. Y MISHRA, D., "Foreign Professionals in the United States: Regulatory Impediments to Trade", *op. cit.*, p. 438. La mayor presencia extranjera de profesionales en los Estados Unidos corresponde a profesionales de las áreas de programación informática y medicina. Tres de cada cuatro profesionales de la India que trabaja en los EEUU se dedica a estas actividades.

³⁸⁶ CHANDA, R., "Mobility of Less-Skilled Workers under Bilateral Agreements: Lessons for the GATS", *op. cit.*, p. 780.

³⁸⁷ La liberalización de los servicios intensivos en mano de obra a través del modo 4 podría también facilitar la creación de empleo y generar ganancias estimadas en más de 150.000 millones de dólares. Vid. UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DE COMERCIO Y DESARROLLO, "Examen de la evolución del sistema de comercio internacional y mejora de su contribución al desarrollo y la recuperación económica, Nota de la secretaría de la UNCTAD", *op. cit.*, párr. 38-44.

³⁸⁸ WINTERS, L. A., "Developing country proposals for the liberalization of movements of natural service suppliers", en PETERSMANN, E.-U. (ed.), *Reforming the World Trading System. Legitimacy, efficiency and democratic governance*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 146-165.

eliminación de las barreras al comercio de mercancías, incluso si estas ganancias fueran poco representativas. En tanto los compromisos en este modo en el marco de negociaciones del AGCS siguen siendo limitados; a pesar de las promesas realizadas en el marco de la Ronda de Doha.

La interrelación entre el marco internacional del comercio de servicios con la protección y promoción de los derechos humanos se enfoca en particular al derecho a la salud, a la educación y el desarrollo. La comunidad internacional se ha pronunciado en general sobre el rol facilitador de la liberalización del CIS para promover los derechos humanos, brindando los medios económicos necesarios³⁸⁹. Sin embargo, esta liberalización debe tener una adecuada regulación y prevención de consecuencias concretas en determinados sectores. El CIS tiene vinculación especial con el desarrollo de las capacidades humanas, ya que puede impulsar mejoras en la salud y la educación. También es importante para la efectividad y accesibilidad de los llamados servicios de infraestructura como son transporte, servicios financieros, telecomunicaciones, cuya calidad es un factor determinante para mayor desarrollo humano. En este sentido, una preocupación importante vinculada al desarrollo humano está en la liberalización de los llamados servicios públicos³⁹⁰, que incluyen los sectores de servicios de salud, sanitarios, servicios de educación y agua, así como el acceso universal a esos servicios.

Se reflexiona ahora con más detalle sobre la prestación de estos servicios esenciales y su relación con el CIS, tomando en consideración que la regulación de servicios públicos también ha sido enmarcada en contextos de los derechos humanos³⁹¹. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas expresó su preocupación de que ciertos servicios públicos como la educación y la salud se orienten más hacia su progresiva liberalización que hacia su progresiva realización como derecho humano y enfatizó que deben seguir configurándose como servicios públicos gratuitos³⁹². “*La Relatora Especial recomienda que se determinen los conflictos reales y posibles*

³⁸⁹ Vid. ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ECOSOC, *La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos*, Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/9, 2002, *cit.*, p. 20, párr. 38.

³⁹⁰ Los elementos que definen los servicios públicos son que persiguen metas relacionadas con el interés general por una autoridad pública, el reconocimiento de un estatus legal especial o sujeción a normas particulares - en todo o parte de aquellas que se aplican a otros servicios o las disposiciones particulares para resguardar su provisión (obligaciones de servicios públicos o acceso universal). Para un mayor debate sobre el concepto de servicios públicos y su adecuación al contexto internacional, en particular de los acuerdos de integración económica, *vid.* KRAJEWSKI, M., "Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework", *Journal of International Economic Law*, vol. 6, 2003, pp. 341-367, en pp. 343-344; ARENA, A., "The GATS notion of public services as an instance of intergovernmental agnosticism: Comparative insights from EU supranational dialectic", *Journal of World Trade*, vol. 45, no. 3, 2011, pp. 489-528, en pp. 494 ss. En servicios de interés general o interés común, la razón de ser es perseguir el interés público y la necesidad de regulaciones especiales. El interés público y por tanto el concepto de servicio público es dinámico y varía en el tiempo y el espacio.

³⁹¹ Vid. KRAJEWSKI, M., "Investment Law and Public Services", April 1, 2012, p. 4.

³⁹² Vid. ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ECOSOC, *Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación*, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2001/29 de la Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Doc. E/CN.4/2002/60, 7 de enero 2002, párr. 19-21. La relatora se ha centrado en el comercio de servicios de educación en base a

en un entorno jurídico internacional en rápida evolución. Esto requiere defender la educación en tanto que servicio público gratuito y definir la medida en que se permite al comercio libre de los servicios de educación”³⁹³. Cabe resaltar que el derecho humano al agua recientemente ha sido reconocido por la Asamblea General de las Naciones Unidas³⁹⁴, el Estado tiene la "obligación de proteger" este derecho frente a empresas privadas encargadas de suministro público de agua. En ese sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que el derecho humano al agua puede requerir la intervención del Estado en el mercado para garantizar el acceso universal al agua³⁹⁵. Es generalmente aceptado que el derecho humano al agua no puede ser garantizado por los mercados por sí solos³⁹⁶.

El debate sobre la necesidad de la liberalización de estos sectores clave versa en determinar hasta qué punto esta liberalización generaría la aludida modernización, mejor prestación y competitividad en los precios, y hasta donde podría limitar las facultades políticas y regulatorias de los Miembros en estos sectores. Se ha planteado en este sentido el problema de acceso a los servicios básicos a los hogares de ingresos bajos debido al proceso de liberalización del sector. Esto se puede generar por ejemplo por la eliminación de los subsidios cruzados en los servicios de agua u otros servicios de infraestructura. Las reformas regulatorias pueden dar los beneficios adicionales de facilitar la reducción de los precios, esto puede dar la opción a que más hogares de ingreso bajo puedan demandar dichos servicios y que los hogares que ya están haciendo uso de esos servicios puedan solventar los gastos del servicio efectivamente³⁹⁷. Destaca la importancia de mantener e incrementar el abastecimiento de los servicios públicos necesarios, y potencializar el acceso universal de los servicios básicos, así como destacar las potencialidades positivas de una liberalización del sector de los servicios que mantenga las prioridades del desarrollo humano como

documentos anteriores (E/CN.4/2000/6, párr. 70 y 71, E/CN.4/2000/6/Add.2, párr. 18; E/CN.4/2001/52, párr. 55 a 59, E/CN.4/2001/60/Add.1, párr. 36 a 39).

³⁹³ ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ECOSOC, *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, 59º período de sesiones, Doc. E/CN.4/2003/9, 16 de enero 2003, párr. 6.*

³⁹⁴ Vid. ONU, ASAMBLEA GENERAL, *El derecho humano al agua y el saneamiento*, Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010, Doc. A/RES/64/292, 3 de agosto 2010.

³⁹⁵ Vid. UNITED NATIONS, COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *General Comment No. 15 (2002), The right to water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, Doc. E/C.12/2002/11, 20 January 2003, párr. 24.

³⁹⁶ Vid. PANNATIER, S. Y DUCREY, O., "Water Concessions and Protection of Foreign Investments", en WEISS, E., BOISSON DE CHAZOURNES, L., et al. (eds.), *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 289-302, en p. 289, 290.

³⁹⁷ Vid. HODGE, J., "Liberalization of Trade in Services in Developing Countries", *op. cit.*, en p. 222-226; HODGE, J., "Liberalising Communications Services in South Africa", *Development Southern Africa*, vol. 17, no. 3, 2000, pp. 373-387.

los derechos sociales. Por ejemplo manteniendo las políticas de fondos para el acceso universal en los servicios de agua, luz y telecomunicación³⁹⁸.

C. Posibles beneficios y riesgos de la liberalización del comercio internacional de servicios en los PED

Este apartado se aproxima al impacto del proceso de liberalización del CIS destacando los posibles beneficios y riesgos para los PED y tomando en consideración los apartados anteriores sobre el marco conceptual del análisis, que incluyen la evidencia de la participación de los PED en el CIS y la relación entre comercio y desarrollo.

Con el objetivo de reflexionar sobre el proceso de liberalización y cómo debe orientarse hacia la búsqueda de un desarrollo integral, este estudio tiene como punto de referencia que un objetivo del AGCS es conseguir el balance entre la liberalización del CI y la regulación nacional, para beneficiar al desarrollo en general y a los PED en particular. Esta es una apreciación inicial, ya que un elemento clave del proceso de liberalización es justamente el AGCS, que se tratará en el siguiente capítulo³⁹⁹.

Los potenciales beneficios de la liberalización del comercio de servicios en los PED se han venido resaltando desde la intensificación del proceso de liberalización en los años 90, destacando el potencial del sector servicios en sectores tradicionalmente importantes para los PED como el movimiento de personas naturales, turismo y transporte. Por ejemplo, organismos internacionales destacaron el potencial de los servicios para explotar el desarrollo tecnológico necesario a fin de permitir una mejora en el comercio transfronterizo de servicios y dar a las empresas incentivos para separar las cadenas de valor geográficamente⁴⁰⁰.

Desde inicios del 2000, varios estudios señalan que los intereses de los PED en el comercio de servicios se han ampliado y diversificado y abarcan ahora un rango variado de sectores que incluyen los servicios financieros, servicios de computación y relacionados, servicios de

³⁹⁸ Vid. KENNY, C. Y KEREMANE, R., "Towards universal telephone access: Market progress and progress beyond the market", *Telecommunications Policy*, vol. 31, no. 3, 2007, pp. 155-163. Discuten el ejemplo de telecomunicaciones donde países como Chile, Perú o Uganda han puesto en juego sistemas en que proveedores privados compiten por subsidios basados en rendimiento que son condicionales a proveer servicios a regiones o vecindarios predeterminados. Esto asegura aprovechar algunos de los beneficios de la competencia, mientras minimizan desembolsos para el gobierno. La 'subasta inversa' permitió a descubrir el verdadero costo de la provisión de servicios. Vid. FRANCOIS, J. Y HOEKMAN, B., "Services Trade and Policy", *op. cit.*

³⁹⁹ Este análisis es de utilidad para el posterior estudio pormenorizado de las disposiciones del AGCS en el capítulo III y de las negociaciones de servicios dentro del marco de la OMC en relación a los PED.

⁴⁰⁰ Vid. UNCTAD Y WORLD BANK, "Liberalizing International Transactions in Services: A Handbook", *op. cit.*

distribución, audiovisuales, servicios de salud, educación superior entre otros⁴⁰¹. Se apuntan las potenciales ventajas comparativas en otros sectores⁴⁰². Por ejemplo, el desarrollo en sectores vinculados con la comunicación y la tecnología, especialmente la capacidad exportadora y participación de ciertos PED en servicios de procesamiento de datos y servicios prestados a las empresas como en Jamaica, y en servicios de información y desarrollo de software como en el caso de India⁴⁰³.

Dentro de los posibles beneficios se puede apuntar que el CIS puede contribuir a crear oportunidades para que los PED expandan sus outputs de servicios en sectores donde ellos tienen ventaja comparativa, creando trabajo, contribuyendo al PIB y generando intercambio con el extranjero. Los servicios intermedios como los servicios de transporte y de viajes son importantes para el movimiento de los bienes y la logística necesaria para exportación de bienes y servicios; su liberalización y disciplinas internacionales fuertes respecto a las prácticas empresariales restrictivas benefician la eficiencia y precio de los mismos, sobre todo en el transporte marítimo⁴⁰⁴. Más del 80% del comercio de bienes es transportado por el mar y un porcentaje mayor del comercio internacional de los PED es realizado por transporte marítimo. Los PED continúan representado el mayor porcentaje del comercio marítimo mundial, lo que refleja su creciente resistencia a los reveses económicos y su mayor protagonismo en la conducción del comercio mundial⁴⁰⁵. De allí que los estudios resalten la importancia de una liberalización adecuada y buena regulación del sector de los servicios de transporte, que beneficie a los PED, en particular los países más pobres que son sobre todo consumidores⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ Vid. FINDLAY, C., "Services Sector Reform and Development Strategies: Issues and Research Priorities", *Policy Issues in International Trade and Commodities*, STUDY SERIES NO. 8 (ed.), UNCTAD, Geneva, 2001, p. 1 ss.; MCGUIRE, G., *Trade in services - market access opportunities and the benefits of liberalization for developing economies*, op. cit.; NIELSON, J. Y TAGLIONI, D., "Services Trade Liberalisation: Identifying Opportunities & Gains", OECD, Working Party of the Trade Committee, Trade Policy Working Paper No. 1, TD/TC/WP(2003)23/FINAL, 06 Feb 2004, 2004.

⁴⁰² Vid. HOEKMAN, B. Y KARSENTY, G., "Economic Development and International Transactions in Services", *Development Policy Review*, vol. 10, 1992, pp. 211-236.

⁴⁰³ Vid. HOEKMAN, B. M. Y KOSTECKI, M. M., "The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond. Chapter 2: The World Trade Organization" Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 57-83; HOEKMAN, B., "The GATS and Developing Countries: Why Such Limited Traction?", op. cit.; HOEKMAN, B., MATTOO, A. Y SAPIR, A., "The political economy of services trade liberalization: a case for international regulatory cooperation?", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 23, no. 3, 2007, pp. 367-391.

⁴⁰⁴ Vid. MATTOO, A., FINK, C. Y NEAGU, C., "Trade in International Maritime Services: How Much Does Policy Matter?", *World Bank Policy Research Working Paper No. 2522*, World Bank, Working Paper No. 2522, November 30, 1999.

⁴⁰⁵ Vid. UNCTAD, "Review of Maritime Transport 2010", UNCTAD/RMT/2010, Geneva, 2010.

⁴⁰⁶ *Ibid.*; FRANCOIS, J. Y WOOTAN, I., "Trade in International Transport Services, The Role of Competition", *Review of International Economics*, vol. 9, no. 2, 2002, pp. 249-261. En varios PED como México y Chile la liberalización de los servicios portuarios implicó una reducción importante en los costos de exportación.

Uno de los sectores de servicios de mayor potencialidad de generar beneficios para los PED es el relacionado con el movimiento de personas para la prestación de servicios, lo que es generalmente reconocido. Los servicios profesionales reducen los costos de transacción asociados con las operaciones financieras o cumplimiento de contrato, y son canales para la transposición de los procesos de innovación⁴⁰⁷. Se han realizado estimaciones sobre los beneficios que generaría el aumento de los contingentes de entrada para trabajadores temporales extranjeros provenientes de PED, las cuales son muy prometedoras, generando beneficios para todos los países⁴⁰⁸, sin embargo la apertura en este sentido sigue siendo limitada para el movimiento temporal de trabajadores y en el caso donde existe la apertura (Reino Unido-India respecto de médicos o enfermeras o Alemania en especialistas en tecnologías de la Información) los países no se muestran interesados en realizar compromisos multilaterales, quienes siguen prefiriendo flexibilidad en sus políticas comerciales y ven algunos aspectos más como parte de políticas de empleo que de comercio⁴⁰⁹.

El avance de la tecnología y de las nuevas formas de hacer negocios internacionales, así como el comercio por internet, ha facilitado el interés y la entrada de los PED en la exportación de servicios diversos⁴¹⁰, como los servicios de procesamiento de datos, servicios de computación, centros de llamadas y prestación de servicios de software, *back office services*, servicios medioambientales prestado mediante el suministro transfronterizo, entre otros⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Vid. HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services trade liberalization and regulatory reform : re-invigorating international cooperation", *International Trade Department , Poverty Reduction and Economic Management Network; Trade and Integration Team, Development Research Group, World Bank, Washington, 2011, p. 2.*

⁴⁰⁸ Vid. WINTERS, A., "The Economic Implications of Liberalizing Mode 4 Trade", *op. cit.*; WINTERS, A. L., WALMSLEY, T. L., WANG, Z. K. et al., "Liberalising Temporary Movement of Natural Persons: An Agenda for the Development Round", *op. cit.*; WINTERS, A., "The Temporary Movement of Workers to Provide Services (GATS Mode 4)", *op. cit.*, p. 481.

⁴⁰⁹ Vid. WINTERS, A., "The Temporary Movement of Workers to Provide Services (GATS Mode 4)", *op. cit.*, p. 525. Al analizar las negociaciones de servicios en el marco del AGCS se verá con más detalle los intereses de los PED en este sentido.

⁴¹⁰ La UNCTAD ha realizado desde finales de los años 90 varias reuniones y análisis vinculados a las perspectivas del comercio de servicios en los PED, enfocados muchos de ellos a los sectores que no eran tradicionalmente de interés para los PED. Vid. entre otros: UNCTAD, TRADE AND DEVELOPMENT BOARD, "Scope for Expanding Exports of Developing Countries in Specific Sectors through All GATS Modes of Supply, taking into account their interrelationship, the role of information technology and of new business practices", COMMISSION ON TRADE IN GOODS AND SERVICES, AND COMMODITIES (ed.), TD/B/COM.1/21, 24 July 1998, Geneva, 1998, p. 9-13; COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La Participación creciente de los países en desarrollo mediante la liberalización del acceso a los mercados mediante el Modo 4 en el marco del AGCS relativo al movimiento de personas físicas proveedoras de servicios*, Doc. TD/B/COM.1/EM.22/2, 18 de junio 2003; UNCTAD, "Energy And Environmental Services: Negotiating Objectives and Development Priorities", United Nations, UNCTAD/DITC/TNCD/2003/3, New York and Geneva, 2003; UNCTAD, "Building Confidence: Electronic Commerce and Development", United Nations, UNCTAD/SDTE/MISC.11, New York and Geneva, 2000.

⁴¹¹ FINDLAY, C., "Services Sector Reform and Development Strategies: Issues and Research Priorities", *op. cit.*, p. 1. Otros servicios transfronterizos específicos mencionados por el Global Services Network en el 2000 como de interés para los PED fueron programación de software, captura y reparación de datos, gestión de ficheros médicos electrónicos, servicios de traducción, soporte técnico por internet, manejo

La IED en servicios, a pesar de una general caída causada por la crisis financiera y económica mundial, sigue siendo importante en los PED especialmente en las economías emergentes, como China e India, con la recepción en particular de IED en sectores de servicios como infraestructuras y comercio al por menor⁴¹². Los beneficios de las empresas transnacionales en los países emergentes incentivan una mayor inversión; como muestra de ello “las actividades de inversión de las 100 ETN más grandes del mundo se han desplazado decididamente hacia las economías en desarrollo y en transición”⁴¹³.

La liberalización del comercio internacional es trascendente para la transferencia de tecnología y conocimientos a través de la IED en sectores tales como las telecomunicaciones. Esto ha generado el ingreso a nuevos mercados para los PED en sectores tales como el desarrollo de programas informáticos y servicios de salud⁴¹⁴. Recientes estudios en África Subsahariana, India, República Checa y Chile han mostrado una relación positiva entre la IED de servicios y el rendimiento o resultados de las empresas nacionales en PED, tanto en el sector de servicios como de manufactura⁴¹⁵.

Se continúan realizando estudios que valoran los efectos de la reducción de las barreras no arancelarias y los impedimentos regulatorios a la inversión directa en servicios, que han encontrado

de bases de datos, investigación y desarrollo, gestión de inventarios, diseño y gestión de páginas web, transcripciones legales, etc. Información del GSN del 15 de agosto del 2000, facilitada por email. www.globalservicesnetwork.com.

⁴¹² Vid. UNCTAD, "World Investment Report 2009: Transnational Corporations, Agricultural Production and Development", *op. cit.*, p. 54.

⁴¹³ Vid. UNCTAD, "World Investment Report 2011: Non-Equity Modes of International Production and Development", United Nations, UNCTAD/WIR/2011, 27 July 2011, New York and Geneva, 2011, p. 26.

⁴¹⁴ Vid. ZLEPTNIG, S., "The GATS and Internet-based services : between market access and domestic regulation", en ALEXANDER, K. Y ANDENAS, M. (eds.), *The World Trade Organization and trade in services*, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 381-410; SAUVÉ, P., *Trade and investment rules: Latin American perspectives, Serie comercio internacional*, Santiago de Chile, CEPAL, Division of International Trade and Integration, 2006; UNCTAD, "World Investment Report: The Shift towards Services", *op. cit.*; ROSEMAN, D., "Economic impact of trade and investment liberalization in the telecommunications sector", *The journal of world investment; vol. 3, afl. 6, pag. 943-980 / 2002*, 2002; HOLMES, L. Y HARDIN, A., "Assessing barriers to services sector investment", en FINDLAY, C. Y WARREN, T. (eds.), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications*, London, New York, Routledge, 2000, pp. 52-70; ROSEMAN, D., "Economic impact of trade and investment liberalization in the telecommunications sector", *op. cit.*; UNCTAD, "Informe sobre las Inversiones en el mundo, 2005: Las empresas transnacionales y la internacionalización de la investigación y el desarrollo," UNCTAD/WIR/2004/Overview, Nueva York y Ginebra, 2005.

⁴¹⁵ Vid. ARNOLD, J., JAVORCIK, B., LIPSCOMB, M. et al., "Services Reform and Manufacturing Performance: Evidence from India", *Discussion Paper*, CEPR, 8011, 2010; ARNOLD, J., MATTOO, A. Y NARCISO, G., "Services Inputs and Firm Productivity in Sub-Saharan Africa: Evidence from Firm Level Data", *Journal of African Economies*, vol. 17, no. 4, 2007, pp. 578-599; ARNOLD, J., JAVORCIK, B. Y MATTOO, A., "The productivity effects of services liberalization: Evidence from the Czech Republic", *Policy Research Working Paper*, World Bank, 4109, 2007; FERNANDES, A. Y PAUNOV, C., "FDI in Services and Manufacturing Productivity Growth: Evidence for Chile", *Policy Research Working Paper*, World Bank, 2008.

que traen como consecuencia un incremento en la demanda del trabajo mejor cualificada, al reducir las barreras de entrada a la inversión⁴¹⁶.

En efecto, la exportación de servicios puede ser una parte importante de la estrategia de crecimiento de los PED. Por ejemplo, la India se ha convertido en una potencia en la exportación de servicios relacionados con la tecnología de la información. En particular con el desarrollo de la subcontratación de servicios, la subcontratación, a bajo coste, de servicios administrativos relacionados con las empresas se ha constituido un éxito internacional. Otro sector importante para los PED es el del turismo, caracterizado por ser de labor intensiva, que constituye en muchos PED una parte importante de su economía.

A pesar que algunos PED “ya exportan con éxito servicios en las esferas del turismo, el transporte, la construcción, los medios audiovisuales, los servicios informáticos y de información y los servicios profesionales y empresariales, especialmente en el modo 1 (prestación transfronteriza de servicios) y en el modo 4 (desplazamiento temporal de trabajadores), la economía de los servicios se encuentra aún en una etapa incipiente en muchos países en desarrollo”⁴¹⁷. Las exportaciones de servicios, sin embargo, se concentran en un número relativamente pequeño de países en desarrollo, muchos de esos países aún están por aprovechar todo su potencial para la prestación y el comercio de servicios, especialmente los países de África y los países menos adelantados. El aumento del CIS puede ser especialmente importante para los países que están relativamente aislados del mercado mundial por su poco desarrollo en infraestructura o por ser economías vulnerables.

La importación de servicios de los PED puede ser importante para mejorar el rendimiento del sector, creando una mejor competencia y mejores prácticas internacionales. Algunos estudios encuentran que el incremento de la importación de servicios intermedios o servicios de producción puede proporcionar mejora en las habilidades del personal y mejores tecnologías, y por tanto una mayor apertura en estos sectores impulsa una mayor exportación en los sectores de manufacturas relacionados⁴¹⁸. La entrada de proveedores de servicios extranjeros puede entonces resultar en mejores servicios para los consumidores nacionales y mejorar el funcionamiento y la competitividad de las empresas nacionales.

Dado que mucho del CIS se sostiene en la inversión extranjera directa y ésta también puede servir para brindar el capital que se necesita en el país, esto último puede ayudar a estimular la

⁴¹⁶ Vid. DEE, P., FRANCOIS, J., MANCHIN, M. et al., "The Impact of Trade Liberalisation on Jobs and Growth", *op. cit.*

⁴¹⁷ UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el desarrollo", *op. cit.*, RESUMEN, p. 3.

⁴¹⁸ FRANCOIS, J. Y J., W., "Producer Services, Manufacturing Linkages and Trade", *Journal of Industry, competition and Trade*, vol. 8, no. 3, 2008, pp. 199-229.

inversión en infraestructura, cuando los recursos del gobierno o los fondos del sector privado pueden ser limitados y no permitir el acceso al mercado internacional.

Se han realizado diversos estudios para estimar las ganancias derivadas específicamente de la liberalización del comercio de los servicios. En general se ha señalado que las potenciales ganancias de una liberalización de servicios son muy importantes e incluso superiores a las generadas por la reducción de proteccionismo en el comercio de mercancías⁴¹⁹. La OMC considera entre los factores que determinan que sea mayor el beneficio de la liberalización de los servicios algunas características particulares del sector, como son:

- Los obstáculos existentes en muchos mercados de servicios son mayores que los existentes en el comercio de mercancías, salvo en casos especiales, como la agricultura.
- Por lo general estos obstáculos no consisten en la aplicación de aranceles sino en medidas regulatorias, como contingentes y otras intervenciones estatales que no generan ingresos, medidas que suelen ser poco transparentes e ineficaces.
- Finalmente el proteccionismo de los servicios especialmente en servicios intermedios y de infraestructura afecta a otros sectores de servicios y de la industria en general en el proceso de producción, lo que tiene mayores costes en la economía⁴²⁰.

Claramente la liberalización de los servicios implica también posibles riesgos, como las dificultades de adaptación en el nuevo entorno para los actores económicos nacionales y extranjeros, y la necesidad de realizar reformas normativas e institucionales. Es necesario determinar la necesidad de crear programas de asistencia y de creación de capacidades para el sector de servicios nacionales, y de realizar dichos programas. Lo que implica una mayor dificultad en los PED.

Se debe reforzar la viabilidad de la liberalización del comercio de servicios mediante regulaciones eficientes. Por ejemplo, la falta de condiciones de mercado claras y previsibles puede impulsar a los posibles inversores a exigir primas de riesgo que no sean política o socialmente aceptables. En el sector financiero es necesaria una supervisión cautelar adecuada para la entrada de nuevos proveedores de servicios, a fin de evitar inestabilidad. Se debe recordar la importancia de los servicios financieros en la transformación de ahorros en inversiones que en muchos casos se convierte en la creación de recursos de uso productivo⁴²¹.

En el desarrollo de las políticas comerciales internacionales de los PED, que buscan obtener beneficios de la liberalización de los servicios, resaltan la iniciativa multilateral y la regional. La mayoría de PED forma parte de las negociaciones comerciales de la Ronda de Doha para la

⁴¹⁹ OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aspectos de las negociaciones de la Ronda de Doha relativos al desarrollo*, Nota de la Secretaría, Revisión, Doc. WT/COMTD/W/143/Rev.3, 22 de mayo 2007, pp. 13-17, 20-21.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 20-21.

⁴²¹ HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services trade liberalization and regulatory reform : re-invigorating international cooperation", *op. cit.*, p. 2.

progresiva liberalización del comercio de los servicios, cuyo ritmo y resultados son lentos. Por otro lado son cada vez más los Acuerdos Comerciales Regionales (ACR) que incluyen disposiciones vinculadas a los servicios en los que están participando los PED. En tanto que se estima que una importante proporción del comercio de servicios tiene lugar en el plano regional. En el 2007 se estimó que de los 153 ACR activos, unos 43 son acuerdos de integración económica en la esfera de los servicios en el marco del artículo V del AGCS⁴²². La liberalización transfronteriza de servicios en estos acuerdos suele ser profunda y de mayor alcance que los acuerdos multilaterales.

Un aspecto a considerar cuando se analizan las potencialidades de la liberalización es la dimensión del comercio intrarregional, que actualmente absorbe la gran mayoría del comercio de servicios entre países del Sur. Así como considerar las cuestiones vinculadas con la existencia de los ACR de servicios, experiencias, sus disciplinas, mecanismos de cooperación y repercusiones⁴²³. La UNCTAD afirma que a menudo la liberalización regional se realiza como transición a la liberalización multilateral, y puede ayudar a fortalecer las capacidades de la oferta y la eficacia de la regulación. Se asegura que es importante la secuencia de la liberalización para obtener los mayores beneficios de la liberalización no preferencial. Por ejemplo, en sectores como los servicios de infraestructura, los privilegios temporales establecidos por un ACR pueden suponer el bloqueo de la entrada de proveedores más eficientes, cuando se alcanza la apertura multilateral sobre la base del trato de la NMF⁴²⁴. La dimensión “regional” del comercio de servicios es importante para evaluar las repercusiones de la apertura de los servicios en los PED y en todo caso “es necesario apoyar el fortalecimiento de la capacidad analítica, reglamentaria e institucional de los países en desarrollo para que puedan obtener provecho del comercio de servicios”⁴²⁵. Tanto las negociaciones multilaterales como las regionales deberían facilitar que los países en desarrollo puedan beneficiarse del rápidamente creciente comercio de servicios y contribuir a su progreso general. “También es importante establecer la secuencia y el ritmo adecuados entre las reformas nacionales y la liberalización en los planos regional y multilateral”⁴²⁶.

⁴²² NIELSON, J. Y TAGLIONI, D., "Services Trade Liberalisation: Identifying Opportunities & Gains", *op. cit.*, p. 3.

⁴²³ Este análisis va más allá de los objetivos de esta investigación. Sin embargo, se considera oportuno hacer referencia a la importancia de los ACR en el sector de servicios para los PED. Para mayor información ver entre otros UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el desarrollo", *op. cit.*, p. 3 ss.; FINK, C. Y JANSE, M., "Services provisions in regional trade agreements: stumbling or building blocks for multilateral liberalization?", *op. cit.*; ADLUNG, R. Y MOLINUEVO, M., "Bilateralism in Services Trade: Is There Fire Behind the (Bit-) Smoke?", *op. cit.*

⁴²⁴ UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el desarrollo", *op. cit.*, p. 9.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 3.

⁴²⁶ NIELSON, J. Y TAGLIONI, D., "Services Trade Liberalisation: Identifying Opportunities & Gains", *op. cit.*, p. 3.

En resumen, el comercio de servicios y su mayor liberalización puede tener un papel importante en áreas claves de la economía y en el desarrollo de la sociedad en general. Actúa impulsando la creación de infraestructura y redes, facilitando el comercio de bienes y servicios⁴²⁷, “si bien el comercio internacional no garantiza el crecimiento económico para los PED, la evidencia sugiere que el comercio internacional y la apertura a la economía global juegan un importante rol en la creación de trabajo y prosperidad para los PED”.

Tiene una repercusión directa en el desarrollo humano y la disminución de la pobreza, y por ende en el cumplimiento de las metas del milenio, siempre y cuando se combine con políticas públicas adecuadas. Destacan sus implicaciones en la prestación de los servicios esenciales en los PED como los servicios de agua, educación y salud⁴²⁸.

La doctrina, en general, enfatiza en la necesidad de que la liberalización de este sector lleve incluidas políticas adecuadas para minimizar los potenciales costos y perjuicios. Los programas de liberalización en los PED deben ser específicos, de contenido claro y orientado a hacer efectiva la liberalización y sobre todo manteniendo también los objetivos de política pública vinculados con el desarrollo y la protección de los sectores más pobres de la población. “Hacer que el comercio funcione para el desarrollo significa sopesar cuidadosamente las necesidades de todas las economías en desarrollo y la adaptación de las políticas que reflejan diferentes vulnerabilidades y diferentes fortalezas potenciales. No hay ningún modelo único para el comercio y desarrollo”.

Es especialmente relevante la necesidad de un marco institucional y regulatorio idóneo a cada una de las diferentes realidades de los PED y adecuados a las características de los sectores y nodos de servicios. Las regulaciones deben ser también de carácter social y no solamente económico con la creación de medidas orientadas específicamente al desarrollo, como la universalidad de servicios en determinados servicios públicos, a fin de evitar perjudicar a grupos o ámbitos territoriales más vulnerables⁴²⁹.

⁴²⁷ MASHAYEKHI, M. Y TÜRK, E., "GATS negotiations on domestic regulation : a developing country perspective", en ALEXANDER, K. Y ANDENAS, M. (eds.), *The World Trade Organization and trade in services*, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 265-317, p. 265.

⁴²⁸ Vid. UNCTAD, *Universal Access to Services*, Doc. TD/B/COM.1/EM.30/2, 2006, *cit.*; UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el desarrollo", *op. cit.*; UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el desarrollo", *op. cit.* Respecto al aspecto de los derechos humanos y el comercio de servicios, *vid.* ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ECOSOC, *La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos*, Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/9, 2002, *cit.*

⁴²⁹ OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aspectos de las negociaciones de la Ronda de Doha relativos al desarrollo*, Doc. WT/COMTD/W/143/Rev.3, 2007, *cit.*, p. 20-21.

CAPÍTULO SEGUNDO:

LA REGULACIÓN Y EL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS

El objeto de este capítulo es establecer los elementos conceptuales y de política relevantes en la relación que existe entre la regulación y el CIS, que constituyen base para el análisis consecutivo de las disposiciones sobre reglamentación nacional del AGCS. Este es un aspecto tangencial pero relevante al objeto de estudio. Se revisa la teoría de la regulación junto con los instrumentos y políticas regulatorias en el sector servicios. El análisis incluye la relación entre política regulatoria y comercio internacional y el estudio de la regulación doméstica entendida como una barrera al CIS.

I. ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA REGULACIÓN: DIVERSIDAD DE APROXIMACIONES Y FUNDAMENTOS E INSTRUMENTOS

En este apartado primero se revisan los aspectos conceptuales de la regulación. Se toma como punto de partida un criterio amplio de regulación, considerando distintas acepciones y formas, se desarrolla luego la regulación entendida desde una perspectiva económica, que es la usualmente entendida en el marco del comercio multilateral a fin de adoptar un concepto de trabajo sobre la regulación económica. Luego se revisan los fundamentos de la regulación en base a la teoría del interés público y del interés privado. Finalmente se analizan los principales instrumentos regulatorios usados en la regulación, que pueden limitar la libre competencia. Al revisar los instrumentos, se identifican las formas que pueden adoptar las medidas de regulación doméstica a las que hace referencia el AGCS.

A. La diversidad en los significados y definiciones de la regulación

Existen diversas concepciones de regulación, y de regulación económica en particular. Tampoco existe acuerdo sobre su contenido, tipos de regulación o utilidad y adecuación de los instrumentos regulatorios. A pesar de estas circunstancias, se destaca la importancia de entender y adoptar en esta investigación un significado de regulación, lo que será útil para el posterior estudio de los principios y normas específicas del AGCS, vinculados a la reglamentación nacional y relacionados en particular con las políticas de buena regulación. Disciplinas a las que están

sometidos los PED en el régimen de la OMC y que son especialmente trascendentes para las cuestiones de desarrollo.

Bajo esta perspectiva, el estudio en este apartado parte de las siguientes preguntas:

¿Qué aproximación es la más apropiada para entender mejor la relación entre la regulación del comercio internacional y la regulación doméstica?

¿Qué enfoque sobre regulación es el generalmente usado en el análisis del comercio internacional?

¿Se puede hablar solamente de un fundamento económico para regular el comercio?

En este apartado se trata de contestar a estas preguntas y de adoptar un criterio sobre regulación doméstica, el cual guiará el estudio del régimen del comercio internacional de servicios respecto a la regulación doméstica de los países en desarrollo.

Sin duda existen confusión y desacuerdo sobre el significado de regulación y una falta de unidad en la definición¹. Se distinguen significados económicos, políticos y legales entre otros y existe una diversidad conceptual relacionada a los distintos países y sistemas. Bajo este condicionante, este apartado realiza una aproximación a la teoría de la regulación y adopta un criterio de regulación con una orientación multidisciplinar, de contenido amplio y dinámico. La importancia de considerar un enfoque multidisciplinar para entender la regulación es bastante reconocida². Este criterio es recogido por ejemplo por BALDWIN Y CAVE, quienes apuntan que un modelo de regulación que tome en cuenta solamente criterios económicos, sin considerar las vinculadas obligaciones jurídicas, circunstancias políticas, sociales o tecnológicas, es un modelo con bastantes posibilidades de fracasar³.

El derecho es una disciplina que ha estado presente desde sus inicios en las diferentes actividades de la sociedad, incluidas las actividades económicas. Tomando en cuenta esta perspectiva, cabe destacar la visión jurídica amplia, que entiende la regulación como conjunto de

¹ Afirmación usual entre los teóricos que se ocupan de la regulación. *Vid.* entre otros BALDWIN, R., SCOTT, C. Y HOOD, C., *A Reader on Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1998; JORDANA, J. Y LEVI-FAUR, D., (eds.), *The Politics of regulation institutions and regulatory reforms for the age of governance, Centre on Regulation and Competition (CRC) Series on Competition*. Northampton, Edward Elgar, 2004, p. 2. El informe de la OECD de 1997 sobre la reforma de la regulación reconoce expresamente esta inexistencia de definiciones generalmente admitidas. *Vid.* OECD, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", OECD, Paris, 1997.

² En este sentido, el discurso pronunciado con motivo del premio Nobel de economía de 1991 Ronald COASE dijo: "Hasta hace poco tiempo, parecía que la mayoría de los economistas no habían tomado conciencia de la relación entre los sistema económico y legal, sino en sus generalidades". Recogido en COASE, R. H. Y CONCOME Y BOREL, G. T., *La empresa, el mercado y la ley, Alianza Economía*, Madrid, Alianza, 1994, p. 214.

³ *Vid.* BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, Oxford, Oxford University Press, 1999; DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 128.

normas públicas con incidencia en la actividad privada (y a veces pública). Uno de los enfoques generales sobre regulación es la que da el derecho público. Bajo esta consideración, la regulación debe ser el instrumento previo a cualquier actividad pública mediante la intervención del mismo en la actividad de derecho privado⁴, puesto que el principio del Estado de Derecho y la legalidad exigen la existencia de una norma que delimite los derechos de los ciudadanos. Desde una perspectiva mucho más amplia, la regulación también puede comprender la autorregulación efectuada entre particulares.

También desde el punto de vista del derecho público, se hace referencia a varios tipos de regulación, una clasificación⁵ que interesa resaltar se fundamenta en la incidencia de la regulación sobre el contenido de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, e incluye la regulación civil o institucional, la social, la económica y burocrática⁶.

La regulación civil o mercantil no suele ser mencionada expresamente como un tipo de regulación, se hace referencia usualmente únicamente a la regulación social y económica⁷. Sin embargo, se incluye en la clasificación, a fin de reconocer la trascendencia del derecho en general en la sociedad y en la economía en particular. Se ha señalado que la regulación civil o mercantil constituye el primer instrumento de intervención pública y tiene un carácter predominantemente dispositivo y facilitador que permite la creación de un orden social y económico. Genera seguridad jurídica mediante el reconocimiento de derechos y obligaciones, tales como los derechos de propiedad, de los contratos, de las organizaciones sociales (empresa, familia, asociaciones, mercados organizados). Crea también vías de negociación en la actividad privada que no serían posibles mediante una actuación exclusivamente contractual entre particulares con exclusividad de la autonomía de la voluntad.

La regulación social⁸, llamada también de política administrativa, busca un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos, evitando que el ejercicio de determinados derechos perjudique los

⁴ Vid. OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 512.

⁵ Otra clasificación, por lo que ambos tipos de regulaciones pueden ser el medio tanto para una regulación económica como administrativa, es la presentada por ARGANDONA 1990. Distingue entre regulación de estructura y de conducta. ARGANDONA, A., "Regulación y desregulación de los servicios", *Papeles de Economía Española, España: una economía de servicios*, vol. 42, 1990, pp. 218-237.

⁶ Vid. DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 136-142.

⁷ Vid. OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.*, pp. 4-5.

⁸ Con frecuencia en el ámbito de las ciencias económicas y en el ámbito anglosajón se denomina a esta regulación como regulación social. Vid. SERRANO SANZ, J. M., "La regulación como instrumento de política económica", en GARCÍA DELGADO, J. L., PEDREÑO MUÑOZ, A., et al. (eds.), *Regulación y competencia de la economía española, IX Jornadas de Alicante sobre economía española*, Alicante, 1995, pp. 21-32; OECD, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", *op. cit.*; OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.* Sin embargo, en el ámbito del derecho administrativo continental constituye la clásica y típica regulación de política administrativa.

derechos de terceros. Estas regulaciones se formalizan como intereses públicos, que son: seguridad, sanidad, medio ambiente, protección del consumidor, cohesión social, etc. y tienden a ser justificadas desde la perspectiva económica por las llamadas externalidades y la información asimétrica.

La regulación eminentemente económica es la que afecta directamente la actividad empresarial o profesional. Se dice que sustituye a las condiciones propias de funcionamiento de los mercados, establece limitaciones o restricciones sobre las actividades (entrada y salida), sobre el número de operadores y sobre la producción. El fundamento de la regulación económica se ha justificado comúnmente en la existencia de los denominados fallos del mercado⁹.

La regulación burocrática, se considera en general que forma parte de la regulación administrativa, sin embargo la OCDE la ha considerado como un tipo separado de regulación¹⁰. Se refiere a las formalidades administrativas o trámites burocráticos de la administración pública que en general pueden considerarse cargas para el ejercicio de los derechos, que pueden causar dilatación o impedimento en el desarrollo de actividades. De allí que el objetivo esencial de la liberalización y en concreto de la “desregulación” sea suprimir los tramites que sean indeseables y simplificar los necesarios, hacer su aplicación más ágil y transparente y analizar qué técnicas de intervención pueden seguir resultando eficaces, pero imponiendo menores restricciones y entorpecimientos¹¹.

Volviendo a la relación entre el derecho y la economía en torno a la regulación, como sabemos, la intervención del derecho en la economía es tan antigua como el Estado, aunque ha ido variando de intensidad a lo largo del tiempo. Hay sectores como el de electricidad, banca, finanzas o transporte cuyo funcionamiento es tradicionalmente ordenado por los poderes del Estado y es común también que el derecho imponga deberes y obligaciones a las empresas desde su aparición (como controles de entrada, limitaciones, fijación de precios etc.)¹². La aplicación del derecho en la economía no se ha iniciado con el proceso de liberalización actual, por el contrario el derecho da los cimientos para el desarrollo de cualquier actividad económica tomando en cuenta los diferentes factores sociales, políticos, medioambientales entre otros. Se puede decir entonces que la regulación tiene un significado que va más allá de una “regulación económica” y más aún de las normas elaboradas específicamente para resolver los fallos de mercado o asignaciones ineficientes

⁹ Se verá más adelante con más detalle la llamada regulación económica y en el siguiente apartado los fundamentos de la regulación y en particular el fundamento económico.

¹⁰ Vid. OECD, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", *op. cit.*

¹¹ *Ibid.* Los programas de simplificación administrativa llevados a cabo por los países de la OCDE han dado resultados importantes en los últimos 10 años. Hoy en día la política Europea para eliminar “red tape” ha cobrado gran importancia.

¹² Vid. MUÑOZ MACHADO, S., "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en MUÑOZ MACHADO, S. Y ESTEVE PARDO, J. (eds.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Madrid, Iustel, 2009, p. 16.

de los recursos según la teoría económica de la competencia imperfecta. Sin embargo, la regulación entendida desde un enfoque más restringido, es decir como regulación orientada hacia la actividad económica, puede ser útil para emprender un estudio en el ámbito del sistema multilateral del comercio. En este sentido, sin perder de vista la visión jurídica más amplia, se presentan a continuación algunos aspectos de la llamada “regulación económica”, que se consideran de utilidad para esta investigación.

Son distintos los significados que puede adoptar la noción de regulación económica¹³, significados que van desde un criterio más restringido hacia el más amplio en referencia a su ámbito de aplicación. Estos significados se identifican y se desarrollan en diferentes sistemas regulatorios de manera separada o conjunta. Desde nuestro enfoque estos significados se identifican en gran medida con las distintas etapas de la política regulatoria¹⁴ según la evolución que ha sufrido desde los años ochenta hacia una agenda más completa y compleja.

Según su primer significado, la regulación es entendida como un conjunto de normas autoritativas, acompañadas de algunos mecanismos que apuntan para un sector económico específica, generalmente con la presencia de una agencia pública independiente para el monitoreo y promoción del cumplimiento de dichas normas. Implica la promoción de objetivos específicos económicos y sociales mediante dichas normas.

El segundo significado más amplio incluye todos los modelos de intervención del Estado en la economía. Se refiere a todos los esfuerzos de las agencias del Estado para conducir la economía, adicionalmente a las medidas de regulaciones clásicas, incluyen también a medidas tales como impuestos, subsidios, redistribución y propiedad pública¹⁵. Incluye también instrumentos tales como los subsidios, las cuotas, los aranceles a las importaciones, las modalidades de empresas públicas o privadas, e incluso, la creación de nuevos derechos de propiedad y de mercados específicos para intercambiarlos

El tercer significado de la regulación y el de mayor amplitud hace referencia a todos los mecanismos de control social que sean ejercidos por cualquier entidad o particular. Incluye a los procesos no intencionales y no estatales, normas legales o cuasi legales pero sin mecanismo de

¹³ Análisis de los distintos significados de la regulación basado a un estudio clásico en temas de regulación en BALDWIN, R., SCOTT, C. Y HOOD, C., *A Reader on Regulation, op. cit.* . p. 3 ss.

¹⁴ Ver el sub apartado II B.1 de este capítulo, donde se analizan las diferentes etapas o fases de la política regulatoria. Ver el apartado sobre la política regulatoria y la agenda de gobernanza regulatoria.

¹⁵ En este sentido, el término regulación “se refiere a un amplio abanico de políticas que incluye también instrumentos tales como los subsidios, las cuotas, las importaciones, las modalidades de empresas públicas o privadas, e incluso, la creación de nuevos derechos de propiedad y de mercados específicos para intercambiarlos. *Vid.* BALDWIN, R., SCOTT, C. Y HOOD, C., *A Reader on Regulation, op. cit.*, p. 3.

monitoreo o de control de su cumplimiento, alcanzando niveles supranacionales e internacionales¹⁶. Se ha afirmado en relación a esta idea que los diferentes intereses sobre los problemas globales en regímenes nacionales y supranacionales hacen a esta noción de regulación especialmente atractiva los estudios internacionales¹⁷.

Sin embargo este significado de regulación va más allá de nuestro entendimiento y utilidad para analizar la relación del derecho internacional económico con la regulación. Por lo que lo que este estudio se basa en el primero y segundo significado de la regulación. Lo que sí cabe aceptar es que existen hoy multiniveles de gobernanza, establecidos a menudo mediante acuerdos voluntarios y privados que se ocupan de los problemas de interés global, y que la cuestión de la regulación ha cobrado una dimensión multinivel.

La doctrina económica coincide en que la incorporación del término “regulación económica” o “*regulation*”¹⁸ al derecho continental actual va al hilo de las políticas públicas de liberalización de la economía mundial¹⁹. Desde esta perspectiva, se suele definir la regulación como un conjunto de normas o de acciones específicas impuestas por la autoridad pública, que interfieren directamente en el mecanismo de asignación de recursos en el mercado o indirectamente alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y empresas²⁰. La regulación, según NOLL, se refiere a una forma de alterar el comportamiento de un mercado mediante la promulgación de reglas coactivas que gobiernan algún aspecto de la producción, los atributos cualitativos, la entrada y/o el precio a los que un bien es adquirido y vendido por otros. Todos estos instrumentos pueden usarse para alterar los resultados en el conjunto de mercados señalados²¹.

Estas definiciones de regulación económica plantean una visión estática de la regulación, al considerarla como un resultado. Sin embargo, la regulación no es estática sino que se adecua a las

¹⁶ Vid. MAJONE, G., "The rise of the Regulatory State in Europe", *West European Politics*, vol. 7, 1994, pp. 77-101, p. 78; OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.*, p. 1-3.

¹⁷ Vid. JORDANA, J. Y LEVI-FAUR, D., (eds.), *The Politics of regulation institutions and regulatory reforms for the age of governance*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁸ “Regulación económica” equivale desde la perspectiva económica anglosajona a la palabra “*regulation*”. Antes de hablar de regulación económica, en el sistema continental se suele hacer referencia a la “intervención pública en la economía”. En tanto el derecho administrativo de la Economía o Derecho público económico eran las ramas del derecho que se ocupaba de las disciplinas (normas, reglamentos etc.) y ordenamiento de dicha actividad del estado.

¹⁹ AYALA resalta la función del interés público, y señala que la regulación restringe y vigila las actividades privadas (en algunos caso de ámbito público) con respecto a una regla basada en el interés público. Vid. AYALA ESPINO, J., *Economía del sector público mexicano*, Ed. Facultad de Economía-UNAM, México, 1999, p. 635.

²⁰ Vid. GONZÁLEZ BLACH, F., *Fundamento de Análisis Económico de la Regulación*, Madrid, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1997. Otros autores incorporan igualmente la nota de delimitación de las libertades individuales.

²¹ Vid. NOLL, R. G., "Telecommunications Reform in Developing Countries", en KRUEGER, A. O. (ed.), *Economic Policy Reform: The Second Wave, July 1999*, Chicago, University of Chicago Press, 2000; GIL, O., "Políticas públicas de regulación de las telecomunicaciones: las instituciones políticas, económicas y sociales, como condicionantes de la economía", Instituto Universitario Ortega y Gasset, Madrid, 1997, p. 3.

circunstancias y necesidades de la sociedad, además que involucra varios elementos que se interrelacionan, por lo que debe mejor entendida como un proceso.²² En este mismo sentido, se ha planteado la sustitución de la pregunta por qué se regula por un examen de los procesos de elaboración de políticas públicas que desembocan en regulaciones²³, criterio que va más acorde con las políticas de regulación más recientes.

La idea de regulación económica, como un proceso de interferencia o limitación de las opciones en ciertas actividades económicas, con énfasis en la función restrictiva de la misma, fue incorporada en muchos sistemas regulatorios, sin embargo esta concepción sigue siendo limitada y cerrada. Un criterio más amplio de regulación económica parece ser es el más adecuado. Se refiere a un concepto que va más allá de la función restrictiva y negativa de la regulación y le da un sentido positivo en tanto que incrementa así como limita las opciones privadas, para el beneficio de la colectividad. En este sentido, REAGAN²⁴ considera que la regulación debe ser entendida como un proceso o actividad en el que el gobierno requiere o prescribe ciertas actividades o comportamientos en los individuos o instituciones mayormente privadas pero también públicas y que conlleva instrumentos variados para la actuación de los gobiernos. KRAJEWSKI, desde la perspectiva del Derecho Internacional Económico, ve la regulación económica también en su sentido amplio, como el proceso que controla, influencia y guía a los actores económicos (actividades económicas y otras actividades privadas) con impacto en otros, y se realiza mediante varias políticas de gobiernos y medidas²⁵.

²² Asumiendo esta perspectiva dinámica, algunos economistas como MITNICK consideran a la regulación como un proceso que restringe de manera intencional de la elección, interferencia publica intencional en las opciones de los sujetos, en el desarrollo de una actividad.

Vid. MITNICK, B. M., *The Political Economy of Regulation*, New York, Columbia University Press, 1980.

²³ *Vid.* José María Serrano Sanz(1995:24) SERRANO SANZ, J. M., "La regulación como instrumento de política económica", *op. cit.*

²⁴ *Vid.* REAGAN, M. D., *The Politics of Policy*, Boston, Toronto, Little, Brown and Company, 1987, p. 15.

²⁵ *Vid.* KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2003, p. 4. Enfatiza en que la política de regulación puede tanto incrementar como limitar las opciones de los actores. Incluso la decisión de no regular también compromete las opciones de los actores privados, como es el caso de las políticas distributivas. A manera de ejemplos: la regulación que determina la reducción de emisiones de contaminación restringe las opciones de los contaminadores pero también incrementa las opciones de los individuos para respirar aire limpio. La regulación sobre la información de precios limita las opciones de los productores por incrementar la de los consumidores. Respecto a la opción de no regular, también puede incrementar las opciones privadas, por ejemplo en las políticas de distribución. La decisión de no regular la prestación de ciertos servicios públicos básicos como agua o energía, permite que exista mayor competencia y precios distintos en lugares diferentes. Algunas veces el precio no regulado puede ser menor que el regulado pero en otras puede ser mucho más alto. Incluso el no regular puede excluir ciertas áreas de la prestación por no poder pagar el precio del servicio. No regular puede entonces también disminuir las opciones.

Como se ha dicho la economía no puede funcionar sin el derecho y la regulación económica es parte del derecho. Por ejemplo, para la economía de mercado, es imprescindible un sistema financiero previsible y bien regulado, tal como lo han demostrado repetidamente las crisis financieras internacionales. La función de la regulación económica, definida como un modo de intervención pública en la actividad económica, actualmente hace referencia a un conjunto de poderes de actuación con características propias, que se ejercitan por órganos especiales, y tiene una posición central en la sociedad. En este sentido, el concepto tradicional continental de regulación, que se refiere únicamente a normas otorgadas por la administración estatal o el legislador, ha quedado limitada. La regulación implica más que una producción de normas, conlleva también una supervisión continua del ejercicio de una actividad, la ordenación del funcionamiento del mercado y puede constituir también el poder de resolución de controversias y un poder sancionador²⁶.

Además de la adopción del criterio amplio de regulación económica, un enfoque de especial interés para esta investigación sobre la regulación es el de la OCDE, ya que en base a este entendimiento y orientaciones son desarrolladas las políticas regulatorias de muchos países desarrollados y PED. La regulación para la OCDE es entendida como el producto de un amplio sistema regulatorio, en este sentido el sistema regulatorio el cual incluye los procesos, instituciones, leyes y políticas a través de los cuales las regulaciones son desarrolladas, promulgadas y ejecutadas.

Comprende un amplio conjunto de instrumentos mediante los cuales los gobiernos establecen requerimientos a los ciudadanos y a las empresas; los mismo que tienen fuerza legal. Se incluyen las normas primarias y regulaciones secundarias que implementan las primarias de diverso índole (como normas subordinadas, decretos, órdenes, licencias, códigos) así como las formalidades administrativas y decisiones que hacen efectivas a regulaciones de nivel más alto (como las asignaciones de autorizaciones) y los estándares. También se incluyen las disposiciones desarrolladas por niveles sub nacionales de gobierno, y por órganos no gubernamentales o con autonomía regulatoria (*self regulatory*) en los cuales los gobiernos han delegado poder regulatorio. Se incluyen además las reglas desarrolladas por organizaciones internacionales (UE, OMC). Se considera que las regulaciones no solo se dirigen a las actividades del sector privado, sino que incluyen las diversas disposiciones sustantivas y de procedimiento sobre las actividades internas de la totalidad de entidades públicas²⁷. Recientemente se ha resaltado la importancia del “*soft law*”²⁸

²⁶ Vid. MUÑOZ MACHADO, S., "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", *op. cit.*, p. 112.

²⁷ Vid. OECD, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", *op. cit.*, p. 6. Esta definición de trabajo se ha mantenido en la OECD desde los años noventa con algunas modificaciones, ver documentos más recientes como CZAGA, P., "Regulatory Reform and Market Openness: Understanding the links to enhance economic performance", OECD, Trade Policy Working Paper No. 9, TD/TC/WP(2004)10/FINAL,

en la política regulatoria, en muchas ocasiones, guías administrativas y las circulares que no tienen la intención de tener fuerza legal, pueden adquirir dicha fuerza legal en la práctica²⁹.

La OCDE³⁰ parece referirse a la regulación en un sentido bastante amplio. Incluye normas para sectores específicos enfocados en la eliminación de los fallos del mercado y la apertura económica, así como medidas más generales para lograr una política pública efectiva, a la vez que presenta a la regulación con una perspectiva holística y de trascendencia internacional. El análisis posterior de este capítulo explicará cómo este significado amplio de la regulación se hace efectivo en las recomendaciones de política regulatoria de la OCDE.

B. Fundamentos de la regulación económica

Entender la regulación económica lleva implícito entender las razones para regular y por tanto los distintos fundamentos de los instrumentos regulatorios. Esto permitirá hacer posteriormente una interpretación fundada de las obligaciones del AGCS aplicables a las medidas nacionales que afectan al comercio de servicios³¹ y su implicancia en los PED, en particular a las disposiciones específicas sobre reglamentación nacional del AGCS³². Resalta la diversidad de

Paris, 2004, p. 6; OECD, "Regulatory Policy and the Road to Sustainable Growth", November, 2010, p. 9. Una definición semejante está también presente en el reciente proyecto de la OCDE y la Comisión Europea: "Better Regulation in Europe - The EU 15 project 2008-2010" sobre mejora regulatoria en que intentan vincular más directamente las reformas regulatorias con la mejora del bienestar social, crecimiento y flexibilidad. Ver el glosario del Proyecto "Better regulation in Europe: an OECD assessment of regulatory capacity in the 15 original member states of the EU project glossary". Para mayor información ver: www.oecd.org/gov/regref/eu15.

²⁸ El término *soft law* se refiere a una amplia gama de instrumentos cuasi jurídicos, que difieren de la ley "dura" porque carecen de efecto vinculante inmediato y aplicabilidad directa. Vid. SHAFFER, G. C. Y POLLACK, M. A., "Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance", *Minnesota Law Review, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 09-23*, vol. 94, 2010, pp. 706-799.

²⁹ Vid. OECD, "Regulatory Policy and the Road to Sustainable Growth", *op. cit.*, pp. 9-10. Para un estudio sobre la aplicación del *soft law* en la regulación y gobernanza donde se encuentran casos de la utilización del *soft law* en el Banco Mundial el FMI así como de la gobernanza de la OCDE mediante el *soft law* y la aplicación del *soft law* en la política de empleo de la UE. Ver MÖRTH, U., (ed.), *Soft law in governance and regulation: an interdisciplinary analysis*. Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2004, pp. 61-210.

³⁰ Es una de las OOI que más se ha ocupado del tema de la regulación y su implicancia en el crecimiento económico y el desarrollo, en particular dentro de sus países Miembros.

³¹ Como se verá, el objetivo del AGCS es orientar la regulación de los servicios hacia la liberalización del comercio, basada en una economía de mercado, bajo esta orientación la regulación se fundamenta y justifica esencialmente en la existencia de fallos del mercado. Pero a la vez las disciplinas deben respetar la soberanía regulatoria para cumplir con los objetivos de política pública. Ver Preámbulo del AGCS y el alcance del Acuerdo según el en el art I del AGCS.

³² Según KRAJEWSKI, entender los fundamentos de la regulación nacional es trascendente para analizar los conceptos de prueba de necesidad, proporcionalidad de la medida, recogidos en el art VI del AGCS. Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 11. También es importante para entender los objetivos de instrumentos regulatorios tales como prescripciones sobre estándares técnicos y licencias así como requisitos sobre títulos de aptitud, mencionados expresamente el art VI:4

propósitos que pueden existir para crear un marco regulatorio, así incluso con una orientación básicamente económica, puede contener intereses vinculados con el bienestar de la comunidad y al “interés general”³³.

Son dos las teorías más reconocidas que fundamentan la regulación económica: la teoría del interés público y la teoría del interés privado, teorías que explican como la regulación es usada³⁴.

1. La teoría del interés público de la regulación

La regulación basada en el interés público³⁵, comprende justificaciones basadas en intereses económicos y no económicos, se afirma que esta teoría tiene un carácter normativo al basarse en “deber ser del Estado”. El objetivo final es buscar el interés común mediante la regulación, el Estado interviene para que los mercados funcionen mejor o cuando no pueden regularse por sí mismos.

Un supuesto frecuentemente invocado en abstracto es el de la disfunción del mercado, la existencia de los fallos del mercado se fundamenta en la existencia de una competencia imperfecta³⁶ que justifica la intervención pública en el mercado.

Se critica a esta teoría de no tomar en cuenta las desviaciones de los gobiernos. Los análisis de las Escuelas Austriaca, de Chicago y de la Elección Pública han demostrado que el gobierno también tiene fallos³⁷, tales como la burocracia o interés del regulador. Además de la dificultad de definir qué es el interés común o interés general en algunas políticas concretas. Se cuestiona

³³ Ver el importante aporte de SEGURA SERRANO sobre la noción de derecho interno de “interés general” vinculada a los valores sociales. Este estudio analiza las disposiciones y el funcionamiento práctico de la regulación en las disposiciones y jurisprudencia del AGCS, respecto del interés general. Afirma en este sentido que la interpretación del OSD de la OMC responde a un refuerzo del interés general y fortalece las competencias del Estado. *Vid.* SEGURA SERRANO, A., *El Interés General en el Comercio Internacional e Intracomunitario de Servicios, Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 39-112.

³⁴ Si bien esta diferenciación es arbitraria y en la práctica se da normalmente una combinación de ambas, sirve para identificar las dos consideraciones más extremas. Usadas por la teoría económica para explicar por qué se regula. Ver entre otros: OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.*

³⁵ Sobre la teoría del interés público como fundamento para regular, ver *ibid.* chapter 3; BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, *op. cit.*, pp. 18-23; MITNICK, B. M., *The Political Economy of Regulation*, *op. cit.*, chapter 5; BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, *op. cit.*, chapter 2; SUSTEIN, S., *After the right Revolution - Conceiving the Regulatory State*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1990, p. 48 ss.

³⁶ La teoría económica de la competencia perfecta señala que en circunstancias normales la competencia tiene como resultado la eficacia, permitiendo resultados deseables. Esta teoría se opone a la creencia que los mercados pueden por sí mismos ordenar los intereses de todos los operadores y los consumidores, establecer equilibrios perfectos entre la oferta y la demanda. La doctrina de la competencia imperfecta parte de la inexistencia de una competencia perfecta, lo normal son las imperfecciones y los fallos del mercado. Para corregirlos se justifica la regulación, *vid.* MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, *op. cit.*, p. 113.

³⁷ Sobre la teoría de los fallos del Gobierno ver HAYEK, A. F., *La fatal arrogancia. Los errores del Socialismo*, Madrid, Unión editorial, 1990.

también la supuesta neutralidad y capacidad o información de los reguladores, así como la captura de los reguladores por grupos de interés³⁸. No puede asumirse entonces que la regulación como herramienta del Estado corrija los fallos del mercado de manera indefectible.

a. Justificaciones basadas en intereses económicos

La regulación desde una perspectiva meramente económica tiene como fin principal dirigir la conducta de los actores de una particular actividad económica mediante políticas gubernamentales, y normalmente su aplicación tiene el objetivo específico de corregir uno o varias de las denominadas fallas del mercado³⁹. Cabe señalar que la invocación de la competencia imperfecta como causa principal que justifique la regulación pública parece no ser completamente acertada, tal como se ha visto antes. Esta investigación perfiere entonces referirse a las justificaciones técnicas⁴⁰ basadas en intereses económicos.

Son diversas las clasificaciones sobre las justificaciones para la regulación basada en intereses económicos, pero tanto los economistas como los juristas⁴¹ coinciden en identificar como las principales las siguientes: la existencia de bienes públicos, el monopolio natural, externalidades e información deficiente o problemas de información (estas tres últimas son las clásicas fallas del mercados basas en la competencia imperfecta)⁴². Otras razones para regular son las conductas

³⁸ Vid. MUÑOZ MACHADO, S., "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", *op. cit.*, p. 115.

³⁹ La teoría económica señala que en algunas circunstancias la competencia tiene como resultado las eficiencias. Sin embargo en algunos casos el funcionamiento del mercado tiene resultados que no son en beneficio del interés público, se han producido fallas en los mercados que originan la necesidad ser corregidas por la regulación. Ver el estudios de las fallas de mercado en varios textos como BREYER, S., "Typical Justification for Regulation", en BALDWIN, R., SCOUT, C., et al. (eds.), *A Reader in Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 59-74.

⁴⁰ Se hace referencia aquí a fundamentos de orden técnico, mientras que se reconoce que los motivos pueden ser más amplios y diferentes, o ser influenciados. Al analizar los fundamentos técnicos se asume que los gobiernos están actuando para conseguir los intereses públicos.

⁴¹ Juan de la Cruz Ferrer realiza una clasificación más general y amplia basada en la señalada por el Banco Mundial en WORLD BANK, "Informe sobre el desarrollo mundial 1997. El Estado en un mundo en transformación", Washington D.C., WORLD BANK, 1997. De la Cruz Ferrer presenta como justificaciones para regular: Bienes públicos y funciones públicas, servicios públicos y monopolio natural, externalidades o efectos externos, mercados incompletos y problemas de información, competencia imperfecta, conductas anticompetitivas, costes de información y transacción, problemas de racionalización y coordinación problemas de selección adversa y riesgo moral equidad (metas macroeconómicas), otras causas. Vid. DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 148-170.

⁴² Vid. BREYER, S., "Typical Justification for Regulation", *op. cit.*, pp. 91-110, OGUS, A., "Regulatory Institutions and Structures", *Working Paper Series*, Centre on Regulation and Competition, Paper No. 4, October 2001, Manchester, 2001; STIGLITZ, J. E., *La economía del sector público*, Translated by ESPÁRIZ, M. E. R., 3 ed., Antoni Bosch, 2003, p. 93-103; BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, *op. cit.*, p. 9-17.

anticompetitivas, los costes de transacción y problemas de información y coordinación, problemas de equidad o metas macroeconómicas⁴³.

i. La existencia de bienes públicos

Son aquellos bienes o servicios que son normalmente suministrado por el gobierno, forman parte de sus facultades y obligaciones esenciales. Se refieren a los bienes relacionados con la seguridad y defensa nacional, la administración de justicia, hacienda pública, obras públicas. Constituyen funciones públicas por naturaleza ya que suponen el ejercicio de autoridad pública y su realización beneficia a toda la colectividad, se financian con el presupuesto nacional. Sus características esenciales son que no cuesta nada que otra persona adicional disfrute del sus ventajas y que es difícil o imposible impedir que se disfrute de un bien público⁴⁴. Son actividades no comercializables, desde la perspectiva de la teoría económica, si el mercado suministrara estos “bienes públicos puros”⁴⁵, normalmente lo haría de una manera inadecuada o insuficiente. Por sus características, no son bienes o servicios que puedan cobrarse, por lo que los proveedores privados carecen de incentivo para suministrarlos. Por otro lado los gobiernos deben evitar que existan consumidores que no den el aporte necesario para disfrutarlos, confiándose del aporte de los demás (*free-riders*), siendo por tanto necesaria la regulación, por ejemplo mediante la imposición de impuestos⁴⁶.

ii. Monopolio natural

Existe un monopolio natural cuando toda la demanda de un mercado relevante puede satisfacerse al costo más bajo por una sola empresa⁴⁷. Ocurre cuando un bien o servicio requiere un precio de producción relativamente alto comparado con su demanda. No es deseable y a veces

⁴³ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, pp. 16-19.

⁴⁴Vid. entre otros OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.* p. 33-35; STIGLITZ, J. E., *La economía del sector público*, *op. cit.*, p. 95; SUSTEIN, S., *After the right Revolution - Conceiving the Regulatory State*, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁵ Vid. STIGLITZ, J. E., *La economía del sector público*, *op. cit.* p. 95. Los bienes públicos puros son las conocidas como funciones públicas, prestados o generados en todo caso por el Estado. Mientras los “bienes públicos impuros” son los que pueden ser prestados por el Mercado, pero sin embargo generan externalidades positivas, efecto positivo en la sociedad como en el caso de la educación. También pueden existir bienes públicos creados por razones sociales o políticas, como es el caso de la prestación de agua y energía a bajo costo. Sobre bienes públicos *vid.* KRAJEWSKI, M., "Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework", *Journal of International Economic Law*, vol. 6, 2003, pp. 341-367.

⁴⁶ Vid. BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁷ Sobre la explicación de la teoría del monopolio natural *vid.* entre otros, *ibid.*, pp. 9-10; POSNER, R. A., *Economic Analysis of Law*, 4a ed., Boston, Little, Brown and Company, 1992, p. 342 ss.; OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.* pp. 30-33; BREYER, S., "Typical Justification for Regulation", *op. cit.*, p. 60.

imposible el uso de la competencia. Se puede optar por la nacionalización de la empresa o el otorgamiento de derechos de exclusiva a una empresa pública o privada, sujeta dicha empresa a una regulación específica (por ejemplo regulación de los precios y acceso a las redes). Son características del monopolio natural: la elevada inversión del capital, la producción de bienes considerados esenciales para la población, la imposibilidad de almacenarlos en momentos de reducción de la demanda, la existencia de una conexión física con el usuario y la atención de un mercado atractivo que permite la realización de rentas⁴⁸. La teoría del monopolio natural ha justificado sobre todo la regulación económica de bienes y servicios que requieren tecnología de redes, tales como agua, energía, transportes, comunicaciones, etc.

Algunas críticas tradicionales al sistema de protección del monopolio natural son el exceso de inversión, la ausencia de incentivo para reducir costos y para la innovación, la capacidad del control público para conocer y controlar los costes reales⁴⁹. Se ha señalado también a manera de crítica que una característica determinante de los monopolios naturales es que se trata de mercados severamente localizados restringidos en su prestación por la limitación que impone la conexión de redes entre productor y consumidor. Por lo que la tecnología en sí misma y no las condiciones de coste constituyen el factor determinante para la existencia del monopolio natural⁵⁰. Este argumento se ha usado para levantar barreras que protegían a monopolios considerados naturales como las telecomunicaciones y el sector eléctrico. En este sentido se ha argumentado también que no todos los procesos de producción pueden ser naturalmente monopolísticos⁵¹. El fenómeno de monopolio puede afectar a una parte del proceso de producción, puede ser por ejemplo la transmisión de las telecomunicaciones y no a la generación, los gobiernos deben identificar qué aspectos deben ser regulados como monopolios naturales.

iii. Externalidades o efectos externos

Son situaciones en que los actos de una persona o empresa afectan a otras, generando costes sin compensarlos o beneficios sin retribuciones a cambio⁵². Se define también como efectos externos o secundarios a aquellas situaciones en que se produce una interdependencia entre

⁴⁸ Clasificación enunciada por BUSTAMANTE, J. E., *Desregulación: entre el derecho y la economía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 107, siguiendo la exposición de BERG, S. V. Y TSCHIRHART, J., *Natural monopoly regulation: principles and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

⁴⁹ Vid. DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, op. cit. p. 153; STIGLITZ, J. E., PARICIO, J., LÓPEZ CASASNOVAS, G. et al., *Economía*, Translated by ESPÁRIZ, M. E. R., Barcelona, Ariel, 1993, pp. 493 ss.; STIGLITZ, J. E., *La economía del sector público*, op. cit. p. 92 ss., POSNER, R. A., *Economic Analysis of Law*, op. cit., p. 349 ss.

⁵⁰ Vid. BONBRIGHT, J. C., *Principles of public utility rates*, New York, Columbia University Press, 1961, citado por MITNICK, B. M., *The Political Economy of Regulation*, op. cit. pp. 311 ss. En similar sentido ver LAMSDORFF-GALAGANE, V., *Teoría del Derecho*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1989, p. 303.

⁵¹ Vid. OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, op. cit., p. 31.

⁵² Vid. STIGLITZ, J. E., *La economía del sector público*, op. cit., pp. 95 ss.

consumidores o productores, dando lugar a una disminución o a un incremento de la utilidad de los consumidores o bien a una disminución o incremento de los costes de las empresas⁵³. En el caso de las externalidades los mecanismos del mercado no pueden internalizar estos efectos, que pueden ser perjudiciales o beneficiosos. Siempre que hay actividades que generen externalidades, la asignación de recursos que realiza el mercado puede no ser eficiente, su existencia implica que existen costes y beneficios económicos vinculados a las transacciones que no se encuentran interiorizados y no se incorporan a los precios libremente negociados⁵⁴. El estado necesita intervenir en este caso para internalizar los beneficios y costes generados por los actores.

Tradicionalmente se ha intentado solucionar este problema a través de una regulación que procura sustituir la ausencia de derechos de propiedad y compele a internalizar el efecto secundario. Por ejemplo, en el caso de una externalidad negativa, como la contaminación (donde el precio del bien generado no refleja su costo social), el Estado necesita regular. Se pueden internalizar los costos mediante regulaciones como impuestos específicos, cargos y tasas que debe pagar el que contamine o se pueden aplicar también normas técnicas obligatorias que prohíban ciertos niveles de contaminación. En el caso de externalidades positivas como son ciertos bienes públicos, como los faros para la navegación o la educación, la regulación es necesaria para internalizar los efectos positivos en los costos que generan estableciendo pagos mediante impuestos, tasas u otros.

iv. Mercados incompletos

Se genera este problema cuando los mercados no son capaces de suministrar un bien o un servicio, a pesar de que el coste de suministrarlo es inferior al que los consumidores están dispuestos a pagar⁵⁵. En otras palabras aunque se pueda reconocer que efectivamente existe un margen de rentabilidad en una determinada actividad, no existen los incentivos para que los individuos se dediquen a explotarla. La existencia de mercados incompletos está directamente relacionada con los niveles de riesgo implícitos en los mismos. Son ejemplos clásicos los mercados de capitales y los de seguros. El estado interviene en estos mercados mediante la aplicación de medidas para disminuir riesgos importantes que los individuos soportan. Son comunes los programas relacionados con los seguros como la creación de fondos de garantía de depósitos en caso de insolvencia de los bancos, seguros en caso de inundaciones o incendios en determinadas ciudades con mayor riesgo, seguros relacionados con el trabajo como el de los agricultores o de desempleo. En el mercado de capitales se garantizan los préstamos por ejemplo de estudiantes, o la

⁵³ Vid. GONZÁLEZ BLACH, F., *Fundamento de Análisis Económico de la Regulación*, op. cit., p. 79.

⁵⁴ Vid. BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, op. cit., p. 11.

⁵⁵ Vid. STIGLITZ, J. E., *La economía del sector público*, op. cit. pp. 96-97.

creación de bancos especializados para criterios a la exportación e importación, a las pequeñas y medianas empresas, etc. Cabe señalar respecto de la existencia de los mercados incompletos que algunos autores⁵⁶ han puesto de manifiesto la imposibilidad de que existan mercados “completos”, que no pueden existir mercados que cubran todos los riesgos inherentes a los intercambios presentes u futuros.

v. Problemas de información deficiente

Otra importante justificación económica para la regulación del Estado está en un problema con la información⁵⁷. La eficiente ubicación de recursos mediante un mercado eficiente depende de la disponibilidad de información, los mercados competitivos solo pueden funcionar bien si los consumidores están bien informados para evaluar los productos competitivos⁵⁸. Sin embargo son frecuentes los problemas de información en las actividades económicas, ya que la información que da el mercado es muy poca o incompleta. Se encuentran, de esta forma, situaciones en que los consumidores o los productores carecen de la información sobre los precios o las características de los bienes o servicios, información que es necesaria para adoptar decisiones económicamente eficientes.

Entre las principales razones y situaciones en las que el mercado puede no contar con la información adecuada están⁵⁹:

Primero el coste económico de producir la información (por ejemplo la investigación de los efectos de un medicamento puede ser costosa) y la inadecuada compensación al productor de la información por parte de los que usan la información, lo que produce un falta de incentivo en producir la información.

⁵⁶ Vid. STIGLITZ, J. E., "Markets and Development", National Bureau of Economic Research, Inc, May, 1989. Como señala LASHERAS, M. A., *La regulación económica de los servicios públicos*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999, p. 19, especialmente en inversiones con un largo periodo de recuperación es imposible que haya mercados en los que se intercambien todos los riesgos asociados a estos proyectos. Aun así son muy pocos los mercados de futuros en los que cabe una intervención estatal debido a que es imposible predecir los acontecimientos inciertos GONZÁLEZ BLACH, F., *Fundamento de Análisis Económico de la Regulación*, op. cit., p. 107.

⁵⁷ Sobre la información deficiente como un fallo de mercado vid. entre otros. BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, op. cit., p. 12; STIGLITZ, J. E., *La economía del sector público*, op. cit., pp. 99-100; OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, op. cit. pp. 38-41; REAGAN, M. D., *The Politics of Policy*, op. cit. pp. 37-38; SUSTEIN, S., *After the right Revolution - Conceiving the Regulatory State*, op. cit., p. 52-53; STIGLITZ, J. E., "Markets and Development", National Bureau of Economic Research, Inc, 1989 1990//Jan, 1990; GREENWALD, B. Y STIGLITZ, J. E., "Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 101, no. 2, 1986, pp. 229-264.

⁵⁸ Vid. BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, op. cit., p. 12.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 12.

Segundo la existencia de incentivos para falsificar la información. Puede darse este caso cuando los consumidores del producto están mal posicionados para identificar la falsificación y para buscar remedios por los daños sufridos si tienen costos altos para hacerlo.

Tercero si la información producida no es de ayuda suficiente para el consumidor, por ejemplo porque el consumidor no tiene conocimiento necesario para entender datos técnicos.

Finalmente la competencia insuficiente puede crear la colusión en el mercado, lo que puede a su vez reducir el flujo de información por debajo del nivel deseado por los consumidores. Algunas situaciones claramente identificables donde el mercado puede no generar una información adecuada son la información sobre la salud o los riesgos de seguridad que pueden generar ciertos productos que no debe ser limitada por el mercado⁶⁰.

Se intenta alcanzar una información que sea más accesible, exacta y asequible mediante la regulación, a pesar de que es reconocido por la doctrina que no se puede alcanzar una información “perfecta” mediante la regulación⁶¹. Se busca de esta manera proteger a los consumidores contra una información inadecuada y sus consecuencias, y puede incentivarse el funcionamiento de mercados sanos y competitivos⁶². Algunas veces se suelen usar mecanismos de mercado para tratar de resolver los problemas de información deficiente⁶³, otras veces el Estado intenta solucionarlos a través de regulaciones sobre garantías o de responsabilidad, y en muchos casos se hace uso de regulación estatal directa y en algunas situaciones se establecen regulaciones ad hoc⁶⁴.

Las regulaciones directas, que son las más comunes, pueden tomar la forma de información obligatoria de precios, información sobre estándares de calidad, exigencias sobre acreditaciones profesionales, especificaciones en la rotulación, exigencias directas a los consumidores (como el uso de cinturón de seguridad). Algunos puntos de discusión sobre el valor de las regulaciones para prevenir la información inadecuada son⁶⁵: que la regulación puede ser contrarrestada por las

⁶⁰ Señala KRAJEWSKI que la seguridad y la salud pueden ser considerados un bien público y es por tanto difícil de restringir información sobre sus riesgos. Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit.

⁶¹ *Ibid.*, p. 15.

⁶² Vid. BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, op. cit., p. 12.

⁶³ Mecanismos de mercado tales como: compras repetidas, información de otros consumidores, garantías y certificación de calidad y publicidad. Vid. DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, op. cit., pp. 165-166.

⁶⁴ Es un marco legal que regule la relación entre proveedores y consumidores a través de la legislación *ad hoc*. Se crean cuando el mercado no basta para corregir los problemas de información y las regulaciones directas son ineficientes o innecesarias. En esta legislación se pueden consagrar derechos u obligaciones de consumidores y proveedores, prohibir ciertas conductas y fomentar otras, especificar sanciones, establecer procedimientos para la resolución de conflictos y crear instituciones públicas para fomentar la creación de empresas privadas. *Ibid.*, p. 167.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 167.

conductas de riesgo moral de los consumidores; que la regulación puede perjudicar a los consumidores más cuidadosos e informados porque les hace pagar un mayor coste de seguridad sin recibir mayores beneficios y que las regulaciones pueden tener efectos regresivos cuando se fijan estándares de calidad “altos” que hacen subir el precio de los bienes.

vi. Conductas anticompetitivas

Las limitaciones en la competencia y deficiencias en el mercado pueden generarse por el comportamiento de las empresas privadas que no están acorde con una sana competencia⁶⁶. La actuación de las empresas se constituye en muchos casos por una prerrogativa del gobierno, por lo que estos casos son considerados como un fallo del gobierno. Son conductas anticompetitivas la formación de monopolios, carteles, abusos de posición dominante y otras prácticas de restricción de la competencia. Para BALDWIN, la principal manifestación del comportamiento anticompetitivo es la predación de los precios, esto ocurre cuando una empresa establece precios más bajos que los costos, con el fin de eliminar a los competidores del mercado alcanzando un grado de dominación y entonces usar esta posición para recuperar el costo de la predación e incrementar los beneficios a expensas de los consumidores⁶⁷. La regulación tiene como objetivo definir y limitar estas prácticas anticompetitivas mediante el derecho de la competencia. El objetivo es mantener la competencia y proteger los consumidores de los efectos negativos de la dominación del mercado. Se establecen por ejemplo instrumentos regulatorios⁶⁸ que prohíben el monopolio y los cárteles, el control de fusiones, y restricciones legales de ciertos comportamientos anticompetitivos⁶⁹. Existe actualmente un amplio debate sobre la correcta y adecuada intervención del derecho de la competencia en la actividad económica y las posibilidades que su actuación inadecuada generen posiblemente ineficiencias en el funcionamiento del mercado.

vii. Costes de información y transacción

Se refiere a los costes que pueden enfrentar los actores económicos para concretar acuerdos de colaboración o cooperación. Los costes de información y transacción están relacionados con la tarea de conseguir información de la calidad de la otra parte económica y sobre las características de los bienes o servicios; también están relacionados con las negociaciones sobre la asignación de derechos y obligaciones. Aquí la regulación puede seguir estableciendo el marco jurídico que

⁶⁶ Vid. BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, op. cit.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Ver el apartado I. C. 2. a. sobre los instrumentos de la regulación y cómo el derecho de la competencia desde un entendimiento amplio puede ser considerada regulación.

⁶⁹ En el derecho de la competencia de la UE y EEUU se tipifican como prácticas anticompetitivas: los acuerdos restrictivos de abuso de posición dominante entre empresas (sentido horizontal entre las empresas), la concesión de derechos especiales o exclusivos, y las ayudas públicas del Estado a las empresas (sentido vertical) (art 81 y ss. TCE).

defina las condiciones particulares necesarias para actuar. Se evita de esta forma que los actores económicos tengan que definir estas condiciones en cada nuevo acuerdo económico, facilitando la confianza necesaria para lograr un acuerdo.

viii. Problemas de racionalización y coordinación

Se refieren a las coordinaciones a gran escala entre los actores económicos y sociales, especialmente necesarios en algunos sectores. La regulación es imprescindible para que los agentes dispongan de pautas comunes de comportamiento, sin las cuales no se darían las condiciones mínimas de seguridad o resultaría arriesgado o complejo actuar⁷⁰. Se trata de regulaciones sobre la forma de las actuaciones económicas y no sobre el contenido de las mismas. Por ejemplo, las regulaciones de circulación de tránsito y establecimiento de sistemas de pesos y medidas oficiales, o la técnica de estandarización de los productos y servicios de telefonía móvil. Tres ejemplos típicos de mercados donde se justifica la regulación por problemas de coordinación son los mercados de derivados financieros, el mercado de la electricidad y el comercio electrónico.

ix. Problemas de selección adversa y riesgo moral⁷¹

La selección adversa se da cuando son los compradores los que tienden a imponer al proveedor costes superiores a los normales, o cuando los vendedores pueden excluir a esos clientes más costosos. Por ejemplo quienes más necesitan la atención médica son los que menos probabilidad tienen de contratar un seguro y suelen ser rechazados por la aseguradora. El problema de la selección adversa surge en el ámbito de los seguros, financieros, eléctrico, ventas a crédito, entre otros. El riesgo moral se da cuando las personas aseguradas tienen algún incentivo para permitir o provocar que se produzca una situación cubierta por el seguro. Para intentar mantener un coste bajo y una amplia cobertura se regulan los seguros privados y se realizan otras medidas como la financiación, disponer obligatoriedad de los seguros sociales o la prestación directa de los servicios de salud.

x. Equidad, metas macroeconómicas

Las políticas regulatorias que tienen como fin metas macroeconómicas, no son vistas como regulación en sentido estricto desde la perspectiva clásica de la teoría económica ya que éstas no

⁷⁰ Vid. entre otros: OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, op. cit; *ibid.* pp. 41-42; SUSTEIN, S., *After the right Revolution - Conceiving the Regulatory State*, op. cit. pp. 49-51.

⁷¹ Vid. DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, op. cit., p. 169; MUÑOZ MACHADO, S., "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en MUÑOZ MACHADO, S. Y ESTEVE PARDO, J. (eds.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Madrid, Iustel, 2009, p. 114.

tierras como fin corregir fallos de mercado⁷². Las metas de equidad y macroeconómicas son en general deseables, pero la controversia es si estas pueden ser alcanzadas mediante la regulación del gobierno. La teoría económica neoclásica estándar mantiene que aparte de corregir las fallas del mercado, la disyuntiva entre equidad o eficiencia es un elemento central de las preocupaciones de la regulación económica. La aspiración de ofrecer una red de servicios a persona con recursos insuficientes, por ejemplo mediante el servicio universal, se contraponen con el deseo de brindar incentivos a la eficiencia económica. Sin embargo, como afirma STIGLITZ, más allá de estas disyuntivas, la búsqueda por la equidad responde a determinados valores sociales que afectan no solo a cuestiones de eficiencia y la igualdad, sino también a los derechos individuales y las responsabilidades sociales⁷³. En efecto, las políticas regulatorias suelen estar basadas en metas macroeconómicas como un crecimiento sostenible y no inflacionario, o altos niveles de empleo, reducción de disparidades regionales. Por ejemplo en los años setenta muchos PED siguieron sus políticas de industrialización y desarrollo económico basados en planeamientos centralizados, control de mercado, y estimulación pública de bienes y servicios y algunos de ellos continúan persiguiendo políticas de desarrollo mediante la regulación económica⁷⁴. De esta forma, a fin de estimular el empleo o las industrias locales, pueden usarse regulaciones de contenido local, que imponga que un inversor emplee a cierto número de trabajadores locales, o a adquirir bienes o servicios locales como *inputs* de la producción⁷⁵.

b. Justificaciones no económicas para la regulación de interés público

La existencia de justificaciones no económicas para la regulación es plenamente aceptada en el derecho y otras ciencias sociales, mientras que para la economía parece ser una cuestión menos clara. En efecto, desde el punto de vista de los economistas, existen varios puntos grises y solapamiento entre las metas económicas y no económicas para la regulación. Por ejemplo, la regulación de los monopolios tiene una justificación no económica como la garantía del acceso universal, pero también una justificación económica que es la eficiencia. La regulación por metas macroeconómicas puede basarse en objetivos de distribución y también en la eficiencia.

Las justificaciones no económicas se fundamentan en la subsistencia de valores de la sociedad como el bienestar general, la justicia distribucional y otros valores éticos o morales, que se alejan de los fundamentos económicos para regular. La teoría del interés público general o

⁷² Vid. MAJONE, G., "From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences on Modes of Governance", *Journal Of Public Policy*, vol. 17, 1997, p. 141.

⁷³ Vid. STIGLITZ, J. E., PARICIO, J., LÓPEZ CASASNOVAS, G. et al., *Economía, op. cit.*, pp. 91-110 (fallas de mercado); STIGLITZ, J. E., *La economía del sector público, op. cit.*

⁷⁴ En la UE, el Tratado de la Comunidad Europea en el artículo 2 establece un conjunto de metas macroeconómicas.

⁷⁵ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, op. cit.*, p. 17-18.

bienestar general para los bienes y servicios públicos es una de llamadas justificaciones no económicas en la que se justifica una regulación especial, bajo esta perspectiva los bienes y servicios públicos se justifican en necesidades que deben satisfacer los Estados ⁷⁶. Una orientación filosófica afirma que se pueden encontrar tantas insuficiencias y fallos de mercado como cabe encontrarlas en el ser humano, ya que el origen de la imperfección del mercado está en la naturaleza humana⁷⁷.

Los economistas también aceptan la justificación de una regulación basada en metas no económicas, afirman que ciertas metas no pueden alcanzarse mediante un proceso de mercado, incluso si el mercado funciona correctamente. Los economistas distinguen también como áreas de metas no económicas a la justicia distribucional o justicia social, el paternalismo, bienes preferentes y valores éticos o de la comunidad⁷⁸. La justicia social o distribucional incluye el bienestar material y los ingresos. Algunas medidas regulatorias adoptadas para obtenerla son las regulaciones fiscales (como pagos indirectos e impuestos progresivos), las regulaciones vinculadas con la seguridad social y regulaciones vinculadas con la obligación de los servicios universales⁷⁹.

Al hablar de las justificaciones no económicas, se considera importante incorporar la idea que la regulación también se puede fundamentar en los fallos o carencias de la regulación en sí misma⁸⁰. Este hecho ha saltado en evidencia luego de la última crisis económica del 2008, donde los fallos de la regulación, en particular de la regulación financiera, han puesto en evidencia en muchos países la carencia de una política reguladora coherente e interrelacionada. Es cada vez más evidente que los fundamentos de una regulación tienen que estar orientados desde y hacia los objetivos generales de la política nacional. El respeto por el derecho y las instituciones son los pilares para el desarrollo de un mercado eficiente en términos económicos y en conformidad con los valores más amplios de la sociedad, como son entre otros los valores éticos y los derechos humanos.

⁷⁶ Esta teoría es relevante para el análisis de los servicios públicos en el marco legal del AGCS y su relevancia para el desarrollo y en particular para los PED.

⁷⁷ Vid. BUSTAMANTE, J. E., *Desregulación: entre el derecho y la economía*, op. cit.

⁷⁸ Vid. OGUS, A., "Regulatory Institutions and Structures", op. cit., p. 4; OGUS, A., *Regulation, Economics and the Law*, BLAUG, M., *The International Library of Critical Writings in Economics*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2004; OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, op. cit., pp. 46-54. Además en justificaciones no económicas para regular ver REAGAN, M. D., *The Politics of Policy*, op. cit. pp. 40-43; SUSTEIN, S., *After the right Revolution - Conceiving the Regulatory State*, op. cit. pp. 55-69

⁷⁹ Vid. BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, op. cit., pp. 21-25; OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, op. cit. chapter 3, OGUS, A., *Regulation, Economics and the Law*, op. cit.; SUSTEIN, S., *After the right Revolution - Conceiving the Regulatory State*, op. cit., pp. 69-71. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit., pp. 18-19.

⁸⁰ Ver Epígrafe de FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A., *La Competencia*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, Sueño y realidad en la regulación económica.

2. La teoría del interés privado de la regulación

La segunda teoría es la del interés privado⁸¹, que pone el énfasis en las posibilidades de aprovechar en su beneficio el poder coactivo de los gobiernos para promover una redistribución de la renta que no tienen relación con la mejora de las eficiencias en la organización social. Analiza la forma como la política regulatoria puede ser usada por intereses privados para asegurarse para sí mismos beneficios emanados del proceso regulatorio. Los defensores de esta teoría consideran poco claros los beneficios de la intervención pública y mejor a la iniciativa privada.

Esta teoría está basada en la doctrina de los fallos del gobierno, que según los postulados de la teoría de la regulación de la Escuela de Chicago señala que la regulación es la respuesta de los reguladores a las demandas de los grupos de interés⁸². Critica la existencia de empresas públicas y la amplitud de la regulación. Señala que éstas no siempre persiguen intereses generales, el comportamiento de los reguladores está a veces motivado por su deseo de permanecer en el poder. Las regulaciones terminan estando basadas en los beneficios de los grupos de interés más organizados y con mayor incidencia política.

Se ha dicho también que el argumento del interés privado de la regulación es que las industrias quieren tener mayores beneficios basándose en las regulaciones creando estrategias para imponer nuevas regulaciones o mantener las existentes, por ejemplo empresas farmacéuticas que evitan que ingresen nuevos fármacos al mercado.⁸³ Se genera entonces la captura regulatoria, que se refiere a la colusión entre el regulador y la empresa o industria que regula. STIGLER señaló, la industria regulada se convierte en consumidora de ventajas políticas que mejoran su nivel actual mediante las regulaciones. Este modelo parte de la existencia grupos de poder intentando que las regulaciones les sean favorables de algún modo, ya sea económico o político. STIGLITZ argumenta, “un regulador puede ser capturado por el simple hecho de convivir cotidianamente con la empresa a la que regula; por simples lazos de amistad o bien porque al finalizar o abandonar su trabajo

⁸¹ Para una presentación clásica ver BREYER, S., "Typical Justification for Regulation", *op. cit.*; BREYER, S., *Regulation and its Reforms*, Massachusetts, Harvard University Press, 1983; BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, *op. cit.*, chapter 2, pp. 59-71; OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.*, chapter 3; STIGLITZ, J. E., *La economía del sector público*, *op. cit.*; STIGLER, G. J., "The theory of economic regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, 1971, pp. 3-21. Anthony OGUS en el capítulo 4 de su libro *Regulation. Legal form and economic theory*, realiza una explicación bastante amplia sobre la relación entre la regulación y el interés privado, incluye temas como la elección pública, la teoría de la burocracia de NISKANEN y el papel de los grupos de interés.

⁸² Sobre los Fallos del Gobierno ver con una visión crítica STIGLITZ, J. E., *La economía del sector público*, *op. cit.* STIGLITZ dice que los grupos de interés pueden convencer al Gobierno para que ejerza postestad en su beneficio, la regulación sería entonces la respuesta a la demanda de aquellos grupos para maximizar sus beneficios.

⁸³ *Vid.* KRAJEWSKI, M., "Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework", *op. cit.*, p. 21.

como servidor público, su próximo empleo puede ser en la empresa o industria a la que regula⁸⁴. La teoría del interés privado sirve para explicar un número de fallos regulatorios, pero no para explicar los fundamentos de todas las regulaciones. No se podrían explicar las reformas regulatorias en sectores que no tienen posibilidades de tener una mayor rentabilidad⁸⁵.

Los economistas han intentado mediante estas teorías explicar la existencia y el impacto de la regulación. El enfoque del interés público que asume que el derecho es creado exclusivamente para generar bienestar social es demasiado ingenuo, mientras el enfoque del interés privado que lo relaciona al incremento del bienestar personal y grupal es excesivamente cínico. “Podría considerarse como hacen algunos autores que [la teoría del interés privado y del interés público] son dos explicaciones complementarias”⁸⁶.

La regulación es necesaria y beneficiosa por muchas razones: para asegurarse de que los mercados funcionen correctamente; para crear una igualdad de condiciones para las empresas e instituciones financieras que compiten en el mercado único; para proteger a los trabajadores y consumidores y velar por la salud y el medio ambiente. Al mismo tiempo la regulación entraña un coste – para las empresas, los poderes públicos y los ciudadanos – que debe limitarse al mínimo.⁸⁷

C. Instrumentos usados en la regulación económica y la regulación social

Existe una gran variedad de instrumentos regulatorios, que son usados de diferente forma en los distintos contextos nacionales y sistemas regulatorios; en tanto el fin último de estos es cumplir los objetivos de política pública⁸⁸. Tradicionalmente son tres áreas principales en las que se enfocan las técnicas de regulación: La regulación de empresas públicas o su nacionalización y monopolio de la actividad; la regulación de las condiciones de producción (calidad y precio) y comercialización de los bienes y servicios; así como la regulación de la estructura empresarial del sector, (limitando el número de operadores que puedan acceder al mismo). Entre los principales instrumentos de regulación se incluyen: la propiedad pública, el control de precios y los controles de entrada mediante prohibiciones o restricciones sobre las empresas. Otros instrumentos son los

⁸⁴ Vid. STIGLITZ, J. E., PARICIO, J., LÓPEZ CASASNOVAS, G. et al., *Economía*, op. cit., p. 503.

⁸⁵ Vid. MAJONE, G., *Regulating Europe*, London, Routledge, 1996, p. 22.

⁸⁶ Vid. DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, op. cit., p. 187.

⁸⁷ Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Tercer examen estratégico del programa «Legislar mejor» en la Unión Europea", Doc. COM(2009) 15 final, 28.1.2009, Bruselas, 2009, p. 11.

⁸⁸ Sobre los tipos y especificidades de los instrumentos regulatorios ver entre otros: OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, op. cit., p. 5; ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, 3ra. ed., Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 47 ss.; MITNICK, B. M., *The Political Economy of Regulation*, op. cit. (Mitnick, el p. 80, . KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit. pp. 21-34.

subsidios; los impuestos; concesiones y licencias, los permisos, establecimiento de normas técnicas de calidad y eficiencia entre otros. Se suele emplear además de los distintos instrumentos a fin que se adapten mejor a los objetivos regulatorios determinados por el Estado.

A continuación se identifican y conceptualizan los instrumentos más utilizados regular, según los principales tipos de regulación, la regulación social y la económica⁸⁹. Lo que sirve para identificar más claramente las formas que pueden adoptar las medidas de regulación doméstica de servicios a las que hace referencia el AGCS y para analizar en otros capítulos, con estas bases, la incidencia de las políticas regulatorias de los PED⁹⁰.

1. Instrumentos regulatorios o técnicas de la regulación social

Los **controles de entrada** son los principales instrumentos de regulación social. Estos instrumentos requieren a las empresas o individuos obtener una autorización o licencia antes de realizar la producción de bienes o prestación de unos servicios; para tal aprobación tienen que demostrar que cumplen con ciertas condiciones de la calidad o que son capaces de hacerlo. Son instrumentos con alto grado de intervención y los costes administrativos de revisar las solicitudes son altos, por lo que se justifican y se usan con más frecuencia si el interés público es alto. Pueden ser de naturaleza cuantitativa o cualitativa como se verá ahora en detalle⁹¹.

Los controles de entrada cualitativos o aprobaciones previas⁹² son requisitos o cualificaciones que deben cumplir la empresa o particulares y sus fundamentos son diversos, que van desde problemas de información o protección de los consumidores hasta aspectos de ética o moral⁹³. Se distinguen los controles de entrada cualitativos. La primera categoría relacionada con las actividades profesionales y otras ocupaciones o actividades comerciales como actividades de

⁸⁹ Se realiza la identificación de los instrumentos regulatorios según se trate de regulación social o económica siguiendo esencialmente a OGUS. Para una referencia más estrecha con el derecho de la OMC se consideró especialmente a KRAJEWSKI. Ver OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, op. cit. ; KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit. pp. 21-34.

⁹⁰ Respecto de las medidas aplicadas en el AGCS, el Art. XXVIII sobre las definiciones señala de forma general que ‘medida’ significa cualquier medida adoptada por un Miembro, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma.

⁹¹ Vid. OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, op. cit., p. 214 ss.

⁹² Para un mayor detalle sobre la tipología de las aprobaciones previas ver *ibid.*, p. 216-230. También se requieren las aprobaciones previas relacionadas con las actividades en otras actividades comerciales u ocupaciones. Son varias, por ejemplo las establecidas para productos llamados peligrosos, como armas, alcohol, tabaco, o establecimientos de entretenimiento como cabarets, apuestas, etc. o actividades que conlleven riesgo para otras personas o el público en general como créditos de consumo, hospitales privados, servicios de seguridad privada, cacerías.

⁹³ Los fundamentos económicos más comunes son la información deficiente y la protección del consumidor, especialmente cuando se refiere a servicios profesionales y créditos de consumo. En el caso de otras actividades comerciales también puede deberse a externalidades negativas. Algunas aprobaciones previas pueden basarse también en aspectos de ética o moral, tales como el control de apuestas y venta de alcohol. Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit., p. 28.

entretenimientos, o que involucren riesgo como hospitales privados, que implique algún tipo de daño como venta pública de alcohol, armas, etc. La otra categoría se refiere a las aprobaciones previas relacionadas con el uso o marketing de los objetos. Como los relacionados con productos farmacéuticos, vehículos de motor, tráfico de carreteras, armas de fuego, explosivos, etc.⁹⁴

Las principales formas de aprobaciones previas relacionadas con las actividades son las aprobaciones para las actividades profesionales. En lo que se suele requerir el cumplimiento de requisitos académicos o prácticos, establecidos por reglamento o por asociaciones profesionales. Los controles de entrada cuantitativos o licencias⁹⁵ son restricciones para la realización de la actividad, se limita a un número de personas o a ciertas actividades. Si no se cumplen los controles se prohíbe la actividad, son más restrictivas que los controles cualitativos y sus fundamentos son algo distintivos. Se distinguen dos técnicas para el control de la entrada: la que establece el número máximo de proveedores admitidos en el mercado que son fijados a priori (cuotas o contingentes) y las que se establecen en base al interés público, sin un específico número máximo. Las licencias que usan el enfoque del número máximo pueden estar basadas en consideraciones de política pública o de viabilidad técnica⁹⁶.

El control cuantitativo sin fijar el número fijo es común, las licencias dependen de ciertas condiciones del mercado o consideraciones de interés público que serán determinados por el regulador. Estos instrumentos son conocidos como "Pruebas de Necesidad Económica" (PNE), en tanto el regulador determina la necesidad de un proveedor nuevo o alternativo⁹⁷.

El segundo instrumento generalmente usado son las **normas técnicas o normas de conducta obligatorias**. Ellas hacen referencia a los requisitos que deben cumplir los productores de bienes y servicios para realizar una actividad económica y se refieren en general a un control posterior a la actividad. En tanto el incumplimiento de la norma técnica genera una infracción que puede conllevar sanciones. Las normas de conducta pueden estar subdivididas en normas de objetivo, de rendimiento (*output*), normas de especificación (*input*)⁹⁸.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Vid.* OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.*, capítulo 15.

⁹⁶ Por ejemplo la regulación de un monopolio natural como los servicios de telefonía de larga distancia, en que se determina que los proveedores sean tres, o que sea uno solo creando un monopolio en la prestación, es una decisión de política pública.

En tanto la limitación del número de emisoras de la radio o televisión en base al espectro electromagnético es necesaria porque el número de estaciones que puedan ser incluidas en el medio sin interferencias, es entonces una preocupación de carácter técnico.

⁹⁷ Son un ejemplo los controles sobre el tráfico aéreo, transportes de trenes o buses, por ejemplo en que extensión una ruta de autobuses necesita un nuevo operador era determinado por el *Road Traffic Act* del Reino Unido hasta los años ochenta

⁹⁸ *Vid.* OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.*, capítulo 9; OGUS, A., "Regulatory Institutions and Structures", *op. cit.*

Las *normas de objetivo* prescriben ciertas metas que el productor debe alcanzar, pero deja la elección de los medios para cumplirlas, no controlan ni el input ni el output de la actividad económica, pero sí sus consecuencias. Son típicamente formuladas de forma general. Por ejemplo, la norma sobre envases y residuos de envases en España establece que el manejo de los residuos de embalaje se hará de tal manera que garantice la protección del medio ambiente, la salud e higiene públicos, y la seguridad de los consumidores⁹⁹.

Las *normas de rendimiento (output control)* constituyen requerimientos sobre ciertas condiciones de calidad que deben ser cumplidas al realizar la prestación o producción, pero permite escoger los medios para cumplir con dichas condiciones. “Estas normas se basan en el reconocimiento subyacente de que las empresas deben tener flexibilidad para cumplir con el objetivo regulatorio de cualquier forma. Las empresas tienen así el incentivo de desarrollar diseños técnicos eficientes, incluyendo los que puedan ser aplicables a través de diferentes mercados”¹⁰⁰. Como la regulación sobre servicios universales en el sector de las telecomunicaciones que existe en varios países Miembros de la UE¹⁰¹ y que ha sido recientemente impuesta en China¹⁰².

Las *normas de especificación (input control)* obligan a utilizar o no utilizar ciertos métodos de producción o materiales. Son entonces estándares que controlan el proceso “inputs”, para evitar resultados negativos. Por ejemplo, las regulaciones de tráfico de carreteras o las regulaciones sobre la construcción y uso de vehículos.

Según KRAJEWSKI, las normas de contenido local y obligaciones de transferencia de tecnología se pueden incluir dentro este tipo de normas, ya que requieren un comportamiento particular cuando invierten en un sector en particular o prestan un servicio en particular”. Las ventajas principales de los estándares de especificación se relacionan con los costes administrativos

⁹⁹ Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases y Embalajes en España. Esta ley es transposición de la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases. Art. 13. 2. “Los residuos de envases y envases usados devueltos o recogidos deberán ser almacenados, dispuestos, y manipulados, de manera que quede garantizada la protección del medio ambiente, la salud e higiene públicas, y la seguridad de los consumidores.”

¹⁰⁰ Vid. CZAGA, P., "Regulatory Reform and Market Openness: Understanding the links to enhance economic performance", *op. cit.*, p. 10. Como por ejemplo las normas referidas a la contaminación o el ruido o limitación de la exposición ocupacional a materiales tóxicos. Otra forma de normas de realización son las que señalan que los productos no pueden contener ciertos ingredientes o solamente un cantidad máxima de ellos. La obligación de servicios universales es también una norma de realización.

¹⁰¹ Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0022:es:NOT>, modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009

¹⁰² Vid. SHI, J., "Telecommunications universal service in China: making the grade on a harmonious information society", *Journal of Technology Law & Policy*, vol. 13, no. June, 2008, pp. 115-148. “'Building social harmony' has recently become a national strategy taken by Chinese government to resolve pressing social injustice in its efforts to attain sustainable development. China emphasizes time and again the significance of social harmony in long-term prosperity and development”.

y la verificación de su cumplimiento, que es más sencilla, por otra parte, tiene también desventajas significativas¹⁰³.

Las **obligaciones de información** son los instrumentos que requieren que se divulgue la información sobre las posibles consecuencias negativas (daños o riesgos) derivadas de la actividad de la empresa, de los servicios o del producto. Las formas de obligaciones de información son las certificaciones y los etiquetados. La información suele referirse al precio, cantidad y calidad, así como la identidad, composición u origen. Por ejemplo, la obligación de informar si un determinado producto ha sido elaborado con organismos genéticamente modificados. Otra información también requerida mediante este tipo de obligación son las vinculadas con la publicidad¹⁰⁴.

Una función importante de la obligación de información es otorgar las bases necesarias para que el individuo pueda ejercitar su opción entre calidad y seguridad de bienes y servicios. Se disminuyen las pérdidas de bienestar de los consumidores en tanto pueden buscar con claridad su preferencia en el mercado¹⁰⁵. Los costes de la aplicación de esta regulación suelen ser bajos, sin embargo la utilidad en la aplicación de esta técnica es limitada puesto que no todos los afectados recibirán la información, para que puedan de este modo adaptar su comportamiento o realizar las transacciones más beneficiosas. Por otra parte, dentro del grupo limitado de los compradores que pueden utilizar la información puede haber problemas, ya que puede ser imposible resumir la información necesaria en una manera que la gran mayoría la entienda.

Finalmente, los **incentivos económicos** son regulaciones que buscan motivar ciertos comportamientos económicos. No obliga a reducir las posibles pérdidas mediante sanciones, sino mediante incentivos. La idea esencial es que la conducta económica es legalmente aceptada, pero si una empresa/individuo elige actuar de una manera indeseada, debe cumplir con el pago estipulado¹⁰⁶. Las formas más comunes de incentivos económicos incluyen: los impuestos específicos, los subsidios, créditos las cargas y las cuotas y los derechos de emisión comercializables. Las compras de gobierno son también entendidas por algunos autores como

¹⁰³ Vid. STEWART, R. B., "Regulation, Innovation and Administrative Law: A Conceptual Framework", *California Law Review*, vol. 69, 1981, pp. 1256-1377.

¹⁰⁴ Si un producto cumple con determinadas normas técnicas, el producto o compañía puede ser premiado con un certificado o etiqueta, tiene características similares que las normas técnicas, pero su incumplimiento no genera una penalización, ni puede ser obligado a cumplirlo, pero tiene efectos disuasorios en el consumo. Vid. OGUS, A., "Regulatory Institutions and Structures", *op. cit.*

¹⁰⁵ Los individuos tienen la opción de elegir entre un producto de más calidad y mayor precio u otro de baja calidad/seguridad a menor precio. Esta capacidad de elección puede a veces no ocurrir bajo régimen de normas técnicas. SCHWARTZ, A. Y WILDE, L., "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, pp. 630-682, citado en OGUS, A., "Regulatory Institutions and Structures", *op. cit.*

¹⁰⁶ Vid. entre otros: MITNICK, B. M., *The Political Economy of Regulation*, *op. cit.* capítulo VIII; OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.*, capítulo 11; BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, *op. cit.*, pp. 41-44.

formas de regulación mediante incentivos económicos. De igual forma las regulaciones voluntarias no son consideradas instrumentos de regulación como tal¹⁰⁷.

2. Instrumentos regulatorios o técnicas de la regulación económica

Se distinguen tres instrumentos, el derecho de la competencia, la llamada propiedad pública y el control de precios. A pesar de que no suele ser considerada como “regulación”, el **derecho de la competencia** es el principal instrumento para proscribir prácticas anticompetitivas y buscar la competitividad de los mercados. Constituyen instituciones, principios y normas desarrolladas para identificar y controlar los fenómenos relacionados de la dominación y abuso del mercado y colusión, o la fusión entre competidores¹⁰⁸

Las normas de la competencia describen determinados comportamientos anticompetitivos que no deben ser adquiridos por los actores económicos. Se distinguen de las normas técnicas por su carácter prohibitivo más que de comportamiento deseado¹⁰⁹. Las opiniones difieren sobre los umbrales apropiados para determinar la carga de la prueba e incluso para definir la conducta ilegal. Unos consideran como suficiente para determinar una conducta anticompetitiva que una sola entidad tenga cierta parte del mercado, mientras que otros se centran más en comprobar los efectos adversos al bienestar. Por otro lado, la competencia no es, en todas las circunstancias, la solución para el bienestar económico. En algunas circunstancias es ventajoso que la producción sea emprendida por una sola empresa en vez de por varios o muchos¹¹⁰.

¹⁰⁷ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit., p. 34.

¹⁰⁸ Sobre el derecho de competencia en general y la internacionalización del derecho de competencia ver entre otros, WHISH, R., *Competition Law*, 3ra ed., London, Butterworths, 1993; FURSE, M., *Competition Law of the U.K. & EC*, London, Blackstone Press, 1999; DABBAH, M. M., *International and comparative competition law*, Cambridge; New York, Cambridge University Press; TAYLOR, M. D., *International competition law: a new dimension for the WTO?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; SWEENEY, B. J., *The internationalisation of competition rules*, London; New York, Routledge, 2010.

¹⁰⁹ Sin embargo se asemeja a ellas en tanto una norma que prohíbe cierto comportamiento se entiende que permite todos los otros. Las normas que prohíben la posición abusiva o dominante del mercado especifican determinadas metas que debe o no cumplir, y dejan al productor la forma de cumplirla, en este sentido es similar a las normas técnicas de objetivo. Otras normas de competencia prohíben el acuerdo de precios, definiendo un comportamiento específico que el productor no debe efectuar, es en este sentido similar a una norma técnica de realización. Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit., p. 24.

¹¹⁰ El caso clásico es donde los costes marginales - y por lo tanto también los costes medios - de la producción de una sola empresa continúan a largo plazo declinando, típicamente porque los costes fijos son altos en relación con la demanda (vid. FOSTER, C. D., *Privatisation, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*, Oxford, Blackwell, 1992). Aunque las consecuencias indeseables de dicho monopolio “natural” pueden persistir, el remedio no recae en la competencia. El monopolio se permite prevalecer y una cierta forma de regulación es necesaria para controlar esas consecuencias. En las secciones siguientes, se considerarán varias alternativas. Para un examen más exhaustivo, vid. e.g. FURSE, M., *Competition Law of the U.K. & EC*, op. cit.

Por otro lado, cuando se dan las condiciones para que se aplique un “monopolio natural” se recurre a la **propiedad pública** como un instrumento de regulación¹¹¹. Al existir un solo proveedor, se deben introducir medidas legales para controlar el precio y la calidad de bienes y servicios¹¹². Muchos servicios prestados por entidades públicas como los servicios postales telecomunicación o transporte solían estar prestados o aún son prestados en una base monopolística, usada frecuentemente hasta hace poco tiempo en Europa. Sin embargo no existe una relación teórica entre la propiedad pública y el monopolio público¹¹³. Siguiendo a OGUS¹¹⁴, existen tres principales formas de propiedad pública, la primera es la prestación de bienes o servicios directamente por gobierno, sin un órgano intermediario, esta forma ha sido abolida en muchos sistemas regulatorios. La segunda forma es la creación de una compañía de propiedad pública creada en la base a disposiciones estatutarias particulares, el estatuto generalmente establece una entidad legal separada. La tercera forma es cuando el gobierno o una autoridad pública poseen todo o la mayoría del capital de la compañía, que es constituida bajo el derecho mercantil. Esta forma se ha usado en el proceso de privatización de sectores tales como telecomunicaciones y servicios postales.

Se suele considerar a la propiedad pública como un instrumento de regulación distributiva. Por ejemplo, puede usarse para proporcionar servicios a algunas áreas de la población a precios más bajos del costo. Según TREBILCOCK dicha función distributiva puede realizarse también eficientemente mediante organizaciones privadas, bajo un marco legal adecuado¹¹⁵.

Actualmente la propiedad pública como forma de regulación está siendo reemplazada por las franquicias y las concesiones. Sobre todo porque en algunos mercados los encargados de elaborar la política de competencia consideran más conveniente la existencia de un número limitado de productores¹¹⁶.

Conceptualmente, el **control de precios** es una forma de las normas de realización, es el control de la actividad económica, que requiere al productor de un bien o servicio establecer un determinado precio a su producto. A diferencia de las normas técnicas, no tiene como objetivo la

¹¹¹ Vid. OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, op. cit. p. 265; MITNICK, B. M., *The Political Economy of Regulation*, op. cit., pp. 399-401.

¹¹² Gran parte de esta sección de deriva de OGUS, A., "Regulatory Institutions and Structures", op. cit.

¹¹³ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit., p. 31.

¹¹⁴ Vid. OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, op. cit. pp. 271 ss.

¹¹⁵ *Ibid.* Según TREBILCOCK, si se adopta la propiedad pública, se debe dar atención al marco jurídico que asegure que la corporación pública realiza satisfactoriamente sus funciones. Vid. PRICHARD, J. R. Y TREBILCOCK, M., "Crown Corporations in Canada: The Choice of Instrument", en PRICHARD, J. R. (ed.), *Crown Corporations in Canada*, Butterworths, 1987.

¹¹⁶ Vid. RAMIREZ HERNANDEZ, F., "La Política de Competencia y el Proceso de Regulación en México, 1993 - 1999" (2008), p. 210.

reducción de un riesgo, sino determinar un factor clave en el proceso de la actividad económica. Tiene mayor grado de intervención económica que las normas técnicas¹¹⁷.

La justificación económica es que no existen mercados plenamente competitivos que aseguren que los precios no excedan significativamente al costo marginal. En esa situación, los precios cobrados por algunos bienes o servicios son excesivos, en algunas ocasiones de manera substancial, generando una pérdida de bienestar social y justificando la regulación de precios¹¹⁸.

Se pueden distinguir dos tipos de control: El primer tipo prescribe el precio actual de un bien o unos servicios basado usualmente en una cantidad justa de pago o en base al costo del servicio¹¹⁹. En este sentido cabe señalar que el precio puede también estar basado en consideraciones que no son de mercado, sus objetivos pueden ser la redistribución de la renta o compensar déficits de información de los consumidores¹²⁰. El segundo tipo de control de precios limita el incremento del precio, ya sea a través de toda la economía o dentro de un sector determinado. No regula el precio directamente sino su incremento, fijando los niveles de incremento, ya sea con niveles fijos o en periodos establecidos¹²¹.

II. LA RELACIÓN ENTRE POLÍTICA REGULATORIA Y COMERCIO INTERNACIONAL

La sociedad internacional pasa por una continua transformación de las regulaciones nacionales y de las políticas regulatorias que afectan al comercio internacional. En este contexto, se analiza primero cuáles son las particularidades de la regulación en relación al comercio internacional para identificar y entender el desarrollo del proceso regulatorio en los últimos años.

¹¹⁷ Ver, entre otros, OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.*, capítulo 14; BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, *op. cit.*, capítulo 15; KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.* pp. 25-26.

¹¹⁸ *Vid.* RAMIREZ HERNANDEZ, F., "La Política de Competencia y el Proceso de Regulación en México, 1993 - 1999", *op. cit.*, p. 210.

¹¹⁹ Este método conlleva varias dificultades legales y problemas económicos. La pregunta clave es cómo determinan los reguladores el nivel adecuado del precio y qué consideraciones deben tomar en cuenta. Por ejemplo los controles sobre las rentas, los tarifas para los abogados o notarios, o tarifas de transporte.

¹²⁰ Un ejemplo actual del control de precios basado en el costo o una cantidad justa está en la regulación para el sector de la energía y servicios de las comunicaciones en EEUU. Es usado frecuentemente en los otorgamientos de licencias de los servicios de infraestructura que son privatizadas.

¹²¹ Ha sido usado para combatir la inflación en el Reino Unido entre 1973 y 1979 (OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.* pp. 300-305) y en EEUU durante la guerra. También se puede usar en un sector en particular como en Alemania en el control del alquiler. *Vid.* BREWER, S. Y R., S., *Administrative Law and Regulatory Policy - Problems, Text and Cases*, 3rd. ed., Boston, Little, Brown and Company, 1992, pp. 79-81. El objetivo está en metas macroeconómicas como combatir la inflación o por propósitos redistributivos.

Luego se estudia el rol de la sociedad internacional en la internacionalización de la política regulatoria.

Se analiza en este apartado cómo la regulación, vista como un proceso, conlleva cambios de estrategias en la agenda internacional, y se enfoca ahora en la llamada gobernanza regulatoria, mediante un enfoque instrumentalista de la política regulatoria. Cabe señalar que la agenda internacional en política regulatoria conlleva una reforma en pro de la calidad regulatoria, que durante los últimos cuarenta años se enfoca hacia una apertura económica y comercial. En este sentido, este apartado revisa el desarrollo de las regulaciones como un proceso y enfatiza su relación con el crecimiento de la liberalización del comercio internacional.

Se empieza este apartado con el desarrollo de los aspectos conceptuales claves relacionados con la regulación enfocada al comercio, que son la política regulatoria y la denominada gobernanza regulatoria. Se centra luego en la regulación doméstica como un proceso orientado a la apertura del comercio; que es impulsado en muchos casos por organizaciones internacionales económicas y financieras. Este análisis se elabora más detalladamente a partir de la delimitación de las fases de desarrollo de la política regulatoria, tomando como referencia a los PD, que son los que han marcado las bases de la agenda internacional, seguida también por los PED¹²². Se enfatiza en la fase actual del proceso, para resaltar las perspectivas y retos de la gobernanza regulatoria, originados a partir de la crisis del 2008. Se resalta también la reciente tendencia del enfoque integrado de la regulación, orientado por la aplicación de criterios amplios de política pública y buen gobierno; así como la búsqueda de una eficiente gobernanza regulatoria. Finalmente, se revisa la relación de la regulación de calidad con el comercio internacional desde una orientación de ida y vuelta, en donde se aprecia cómo las reformas regulatorias, y ahora el enfoque de gobernanza regulatoria, inciden en la apertura del mercado y cómo la liberalización del comercio afecta a la regulación.

A. La política regulatoria, la buena gobernanza y la gobernanza regulatoria

1. La política regulatoria

Normalmente, el término política regulatoria tiene significados distintos según los países. En Europa hasta hace poco era una terminología intercambiable con el de “políticas necesarias para reducir las barreras administrativas”, se enfocaba así en el programa “*better regulation*”, o “legislar

¹²² Por ejemplo sobre la reforma regulatoria de la Unión Europea ver RADAELLI, C. M., "Whither better regulation for the Lisbon agenda?", *Journal of European Public Policy*, vol. 14, no. 2, 2007, pp. 190-207; THATCHER, M., "Analysing regulatory reform in Europe", *Journal of European Public Policy*, vol. 9, no. 6, 2002, pp. 859-872.

mejor”¹²³. En Canadá en cambio, se ha utilizado el término política regulatoria para definir el proceso de desarrollo de la regulación. Incluso se puede afirmar que la OCDE, como principal organización promotora de la política regulatoria, no tiene un concepto concluyente. Por ejemplo, en muchos de sus documentos se hace referencia a “reforma regulatoria” cuando el significado es más bien sería el de “política regulatoria”. Esto posiblemente tiene relación con la evolución constante de la sociedad, lo que hace que los enfoques sobre regulación vayan también ajustándose.

En esta investigación se entiende a la política regulatoria como un elemento clave de la gobernanza pública efectiva, encargada de asegurar la existencia de un marco regulatorio de calidad, justificado y ajustado a sus metas. Constituye en sentido amplio la política explícita, dinámica, continua y constante del gobierno en su totalidad para buscar la calidad regulatoria. Tiene como fin último que el marco regulatorio responda al interés público. Una política regulatoria efectiva debe ayudar a los reguladores a tomar decisiones informadas sobre qué regular, a quién regular y cómo regular, dando de esta forma soporte al mantenimiento del estado de derecho y al crecimiento económico¹²⁴.

La política regulatoria es una disciplina reciente, que en la agenda internacional tiene un enfoque amplio y enfocado a fomentar una mayor apertura económica y comercial. En efecto contribuye a realizar reformas estructurales, como fue la adaptación de marcos regulatorios en los sectores de telecomunicación e infraestructura en los años ochenta y noventa. Colabora también con la liberalización de los bienes y servicios mediante la eliminación de barreras regulatorias. Contribuye así a la apertura de los mercados internacionales, favoreciendo el comercio internacional y la inversión. Ayuda a la creación de ambientes empresariales más abiertos a la innovación y el emprendimiento, mediante las iniciativas de reducción de barreras administrativas. Involucra también la simplificación en el acceso a la justicia y la mejora en el buen funcionamiento del sistema de solución de controversias de carácter administrativo. Puede, en un sentido más general, apoyar la consecución de metas más amplias de la sociedad como el estado de derecho, la cohesión social y la calidad de vida; mediante iniciativas para una mayor transparencia en la aplicación de las facultades de regulación y el compromiso de los reguladores. Esto último, mediante un énfasis en la comunicación y consultas previas así como en la reducción de la

¹²³ El programa “Legislar mejor” de la Comisión se propone los siguientes objetivos: Implementar una estrategia para simplificar la legislación existente mediante un programa permanente de simplificación integrado por unas 185 iniciativas en todas las áreas políticas; reducir las cargas administrativas un 25 % para el 2012; hacer un mayor uso de las evaluaciones de impacto y las consultas públicas a la hora de elaborar nuevas normas y reglamentos; y controlar la aplicación del Derecho comunitario. La Comisión Europea ha creado una página web donde se explica con detalle el programa y se presentan las medidas sobre mejora de la regulación que van adoptando las instituciones de la UE y los Estados Miembros. Ver: http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_es.htm (último acceso febrero 2011).

¹²⁴ Vid. OECD, "Regulatory Policy and the Road to Sustainable Growth ", *op. cit.*, p. 9; OECD, *Background document on regulatory reform in OECD countries, OECD reviews of regulatory reform*, Paris, OECD, 2006, pp. 5-6.

burocracia administrativa¹²⁵. La política regulatoria “define el proceso mediante el cual el gobierno, cuando identifica un objetivo de política pública, determina si empleará la regulación como instrumento de política, y en seguida elabora un borrador y adopta una regulación mediante un proceso de toma de decisiones basado en evidencia (documentada)”¹²⁶.

En este sentido, la política regulatoria realizaría un aporte importante al desarrollo económico y al bienestar de la sociedad. Este aporte se realiza mediante una agenda de que intenta mejorar los elementos principales de un marco regulador para lograr una regulación calidad y que compone de tres aspectos interrelacionados: instituciones, herramientas y procesos. Para lograr una regulación de calidad desde el enfoque de la gobernanza regulatoria, los gobiernos deben usar un enfoque integral¹²⁷ que incluye a instituciones y herramientas¹²⁸ políticas.¹²⁹ La actuación y la interacción de estos componentes mejoran el marco para el comercio y la inversión.

Como se verá en detalle más adelante, la política regulatoria ha pasado a por distintas etapas y se configura como una disciplina nueva que va tomando diferentes formas dentro de los distintos países. Se prefiere hoy usar el término “política regulatoria” que el de “reforma regulatoria”; ya que reforma regulatoria parece implicar un concepto más limitado, aplicado únicamente a ciertos sectores económicos y en un momento determinado. En realidad, los términos política reguladora, calidad regulatoria y reforma regulatoria son en muchas ocasiones usados indistintamente y con sentidos muy variados¹³⁰. La política regulatoria es un proceso en cuya dinámica se distinguen distintas etapas señaladas abajo, con algunos elementos comunes en muchos países. Dada la dificultad de homogenizar los criterios usados en las políticas regulatorias nacionales, este apartado se enfoca en la perspectiva de la OCDE como principal impulsora de las transformaciones regulatorias a nivel internacional.

¹²⁵ Vid. OECD, "Regulatory Policy and the Road to Sustainable Growth", *op. cit.*, pp. 25-34.

¹²⁶ Vid. Anexo a la recomendación del Consejo sobre política y gobernanza regulatoria <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf> 2012

¹²⁷ Vid. Anexo a la recomendación del consejo sobre política y gobernanza regulatoria <http://www.oecd.org/gov/regulatory-olicy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>

¹²⁸ Los 6 tipos de herramientas regulatorias que están disponibles para facilitar la reforma y mejorar la calidad regulatoria son: simplificación administrativa, análisis de impacto regulatoria (RIA) para asegurar que se escoge la opción regulatoria más eficiente y efectiva, transparencia y comunicaciones, quienes estén sujetos a la regulación de ser consciente de la regulación y entender qué se requiere de ellos, alternativas a la regulaciones. Los gobiernos están explorando el uso de alternativas a la regulación directa. Herramientas de cumplimiento u coercibilidad y finalmente, las herramientas para sostener la justicia administrativa y la responsabilidad (*accountability*).

¹²⁹ La Recomendación de 2012 del Consejo de la OCDE de Política Regulatoria y Gobernanza convoca a los países para que se comprometan en el más alto nivel político con una política explícita de gobierno entero en aras de la calidad regulatoria. por otra parte, la recomendación sugiere que deben tenerse objetivos claros y marcos de aplicación para asegurar que se maximicen los beneficios netos de la regulación (OECD, 2012).

¹³⁰ Para entender las diferencias claves entre dichos términos y el sentido de los mismos usado en esta investigación, revisar el apartado B.2 sobre las fases del desarrollo de política regulatoria, donde se hace hincapié en las diferencias conceptuales.

Se explican a continuación los criterios adoptados en la investigación al hablar de buena gobernanza y gobernanza regulatoria, tomando en cuenta igualmente las dificultades de encontrar definiciones únicas y/o consensuadas. También se exploran los criterios más usuales para determinar una buena gobernanza y su relación con los fundamentos sobre gobernanza regulatoria.

2. La buena gobernanza

La buena gobernanza implica distintos significados según el área de conocimiento¹³¹; según el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)¹³², la gobernanza es el ejercicio de autoridad económica, política y administrativa para gestionar los asuntos de un país en todos los niveles. Comprende mecanismos, procesos e instituciones a través de los cuales los ciudadanos y grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos legales, cumplen con sus obligaciones y resuelven sus diferencias. La gobernanza tiene tres pilares: economía, política y administración.

De manera amplia, la gobernanza se define como “los criterios e instituciones mediante las cuales se ejerce la autoridad en un país, que incluye criterios de transparencia, de equilibrio y de eficiencia de las instituciones”¹³³. La definición incluye tres aspectos: el proceso de selección, monitorización y reemplazo de los gobiernos; la capacidad del gobierno de formular e implementar políticas sensatas; el respeto de los ciudadanos y del estado por las instituciones que gobiernan las interacciones económicas y sociales entre ellos¹³⁴. Uno de los trabajos destacados sobre la importancia del buen gobierno o buena gobernanza es el desarrollado por KAUFMANN ET AL.¹³⁵, ellos observan la relación de la gobernanza con los valores vinculados al desarrollo, y se basan en un conjunto de indicadores para la recolección de datos necesarios a fin de valorar el buen gobierno. Estos indicadores miden las percepciones subjetivas sobre la calidad de la acción gubernamental en diferentes países. Se usó una metodología basada en diversas medidas subjetivas¹³⁶, creando la principal base de datos usada por el Banco Mundial para medir la performance gobernanza en más de 213 países¹³⁷.

¹³¹ Vid. entre otros WEISS, T. F., "Governance, good governance and global governance, conceptual and actual challenges", *Third World Quarterly*, vol. 21, 2000, pp. 795-814; SANTISO, C., "Good Governance and aid effectiveness: the World Bank and Conditionality", *The Georgetown Policy Review*, vol. 7, 2001, pp. 1-22, en p. 1.

¹³² Vid. UNDP, *Governance for Sustainable Human Development a UNDP Policy Document*, 1997, disponible en <http://mirror.undp.org/magnet/policy/>

¹³³ Vid. KAUFMANN, D., KRAAY, A. Y ZOIDO-LOBATON, P., *Governance Matters, Governance Matters*, Washington, World Bank, 1999, p. 1.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 1.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Para más detalles sobre la metodología usada ver en especial KAUFMANN, D., KRAAY, A. Y MASTRUZZI, M., "Governance Matters III: Governance indicators for 1996-2002", World Bank, World Bank Policy Research Working Paper No. 3106 Washington, 2003, pp. 7 ss.

¹³⁷ Se han publicado y actualizado los datos de los resultados de gobernanza en muchos países, disponible en la página del Banco Mundial <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp> Se

Los seis indicadores específicos de buena gobernanza considerados por el Banco Mundial son 1. Voz y rendición de cuentas; 2. Estabilidad política y ausencia de violencia; 3. Efectividad del gobierno; 4. Calidad regulatoria; 5. Estado de derecho (*rule of law*); 6. Control de la corrupción¹³⁸.

El auge inicial de los indicadores y el aumento de las propuestas de nuevos indicadores de buena gobernanza, generó el debate sobre el consenso sobre los indicadores utilizados y el valor de los mismos¹³⁹. Las instituciones internacionales, y la mayoría de agencias de desarrollo, como el Banco Mundial vienen promoviendo la “buena gobernanza” como su política prioritaria de desarrollo desde 1990¹⁴⁰, también el PNUD y otras agencias bilaterales apoyan a proyectos de buena gobernanza en los países en vías de desarrollo (PED)¹⁴¹. Sin embargo, los logros de esta iniciativa internacional son más bien escasos, ello ha sido reconocido incluso por la ONU y el Banco Mundial¹⁴².

La aplicación de la regulación en un determinado sector de la economía es una forma específica de gobernanza. Parece razonable pensar que a un mayor nivel general de gobernanza en el país, mayor es la posibilidad que éste pueda ser capaz de desarrollar efectivos acuerdos regulatorios y avanzar hacia agencias regulatorias autónomas y sostenibles.¹⁴³ En este sentido los indicadores de la buena gobernanza de KAUFMANN y otros instrumentos creados son importantes

identifican más de 259 elementos específicos de gobernanza dentro de los 6 indicadores, usando diferentes fuentes producidas por más de 20 organizaciones. Es una herramienta útil para la política e investigación, pero se reconoce que debe ser usada con cuidado por la inevitable naturaleza subjetiva de muchas de las fuentes de información original.

¹³⁸ Para una indicación de los seis indicadores y sus diversos componentes valorados por el Banco Mundial en su último informe, ver KAUFMANN, D., KRAAY, A. Y MASTRUZZI, M., "Governance Matters VIII: Aggregate and Individual Governance Indicators, 1996-2008", World Bank Institute, 2009.

¹³⁹ Vid. KNACK, S. Y MANNING, N., "Towards consensus on governance indicator. Selecting public management and broader governance indicators", World Bank, Washington, 2000.

¹⁴⁰ Justamente es el Banco Mundial quien hace referencia por primera vez a la “buena gobernanza”: WORLD BANK, "Sub-Sahara Africa: From Crisis to Sustainable Growth – A Long-Term Perspective Study", World Bank, Washington, 1989.

¹⁴¹ El PNUD tomó especial interés en la idea de la buena gobernanza, estableciendo la relación del desarrollo humano sostenible con la buena gobernanza: UNDP, "Governance for Sustainable Human Development – a UNDP Policy Document", United Nations Development Programme, New York, 1997; disponible en <http://mirror.undp.org/magnet/policy/>. United States agency for international development (USA), Canadian international development agency (Canada), Japanese international cooperation agency (Japan) and Department of international development (UK). Vid. ELAHI, K. Q. I., "UNDP on good governance", *International Journal of Social Economics*, vol. 36, no. 12, 2009, pp. 1167-1180, en p. 1168.

¹⁴² Vid. UNITED NATIONS REPORT OF SECRETARY-GENERAL TO ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, "Implementation of the programme action for the least developed countries for the decade 2001-2010", United Nations, A/60/81-E/2005/68, 23 May, 2005.

¹⁴³ Vid. EBRD, "Transition Report 2004: Infrastructure", European Bank for Reconstruction and Development, London, 2004, p. 58. Encuentra una clara correlación entre las medidas de calidad regulatoria (medidas por criterios formales de independencia, transparencia y rendición de cuentas – tres de los principios de gobernanza regulatoria que se describirán más adelante) y libertad constitucional (medida respecto a las reglas de estado de derecho, control de la corrupción burocráticas, protección de los derechos de propiedad y libertad de prensa).

para una regulación efectiva. Para nuestro objeto de estudio, interesan de manera específica dos grupos de indicadores, los referidos a la efectividad del gobierno y a la calidad regulatoria. El grupo de indicadores referidos a la efectividad de gobierno incluye conceptos tales como problemas de burocracia excesiva (“*red tape*” o cinta roja), plazo en la administración, calidad de la burocracia, inestabilidad en los integrantes del gobiernos, fallos en el funcionamiento de las instituciones, calidad en servicios de infraestructura, capacidad de administración y prestación de servicios públicos entre otros¹⁴⁴. El grupo de indicadores referidos a la calidad regulatoria incluye la medición de conceptos tales como: regulaciones sobre exportación e importación, restricciones sobre propiedad privada, prácticas injustas sobre control de precios y aranceles discriminatorios, regulaciones vinculadas con la inversión, regulaciones administrativas que pueden ser excesivamente onerosas o restrictivas, entre otros¹⁴⁵.

De manera general importan también los indicadores referidos al Estado de Derecho¹⁴⁶, ya que proporcionan fundamentos para el éxito de cualquier política pública¹⁴⁷.

3. La gobernanza regulatoria

En la búsqueda de una política regulatoria coherente se han incrustado criterios y conceptos de la denominada buena gobernanza, que ha llevado a encaminar la idea de una regulación de calidad hacia un enfoque más amplio de buena gobernanza regulatoria. Para entender esta situación, cabe mencionar que a fin de evaluar la eficacia regulatoria se toman en cuenta dos dimensiones de la regulación o del sistema regulatorio que son: la gobernanza regulatoria y la sustancia regulatoria¹⁴⁸. La gobernanza regulatoria es el “cómo” de la regulación, mientras la sustancia regulatoria es el “qué” de la regulación¹⁴⁹ o el contenido de la regulación¹⁵⁰.

¹⁴⁴ Vid. KAUFMANN, D., KRAAY, A. Y MASTRUZZI, M., "Governance Matters VIII: Aggregate and Individual Governance Indicators, 1996-2008", *op. cit.*, p. 70, ver anexo B componentes agregados de los indicadores de buena gobernanza en el 2008. *Ibid.*, p. 75-76.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 70.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 76 – 77.

¹⁴⁷ Para ver de manera más amplia estos elementos incluidos dentro del indicador del estado de derecho de KAUFMANN y su aplicación para diseñar y evaluar un sistema regulatorio *vid.* BROWN, A. C., STERN, J., TENENBAUM, B. et al., *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*, Washington, D.C, World Bank, 2006.

¹⁴⁸ Esta explicación general sobre sustancia y gobernanza de la regulación se realiza en base a los estándares del Banco Mundial, señalado por Brown, *ibid.*, p. 19-21.

¹⁴⁹ El que de la regulación son las decisiones actuales, sean explícitas o implícitas hechas por la específica entidad regulatoria y otras entidades del gobierno, junto con el raciocinio para tomar estas decisiones.

¹⁵⁰ Vid. LEVY Y SPILLER refieren a la sustancia de la regulación como el contenido de la regulación, *vid.* LEVY, B. Y SPILLER, P. “The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation.” *Journal of Law, Economics and Organisation*, 1994, 10 (2): 201–46.

La gobernanza regulatoria se refiere así, en sentido amplio, al diseño legal o institucional del sistema regulatorio y el marco dentro del cual se toman las decisiones. Está definida por las leyes, procesos y procedimientos que determinan las acciones y parámetros por las que son reguladas las empresas, las entidades del gobierno que realizan las decisiones regulatorias, y los recursos e información que están disponibles para ellos. Comprende decisiones sobre los siguientes aspectos: la independencia y la rendición de cuentas del regulador (*accountability*), la relación entre el regulador y los creadores de políticas (*policy makers*), la autonomía del regulador, el proceso formal e informal mediante el cual se hacen las decisiones, la transparencia en la toma de decisiones regulatorias, la predictibilidad de la toma de decisiones regulatorias, y la estructura organizacional y los recursos disponibles para el regulador¹⁵¹.

Existe un conjunto de meta-principios, principios y estándares para la gobernanza regulatoria elaborados por el Banco Mundial, que constituyen el punto de referencia para evaluar el “cómo” de la regulación¹⁵². Se sostiene que el sistema regulatorio puede ser efectivo solamente si el sistema satisface tres principios básicos o meta-principios: *Credibilidad—Legitimidad—Transparencia*. Estos principios y estándares son consistentes con un modelo de “buenas prácticas” de gobernanza regulatoria del modelo “regulador independiente”, que es el comúnmente recomendado y que existe en varias formas institucionales en diferentes países. Son también relevantes y aplicables a otras formas de gobernanza regulatoria¹⁵³.

En esta investigación se adopta un concepto amplio, utilizado por el Banco Mundial sobre gobernanza regulatoria. Se entiende la gobernanza regulatoria como un término holístico que se

¹⁵¹ Vid. BROWN, A. C., STERN, J., TENENBAUM, B. et al., *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*, *op. cit.*, pp. 19-20.

¹⁵² La sustancia de la regulación o el “qué de la regulación” tiende a ser más específica al contexto y consecuentemente menos abierta a la aplicación de principios generales y estándares, aunque existan algunos principios generalmente aceptados.

¹⁵³ Por otro lado, los 10 principios del Modelo Regulatorio de Regulador Independiente que son considerados base para la evaluación del sistema regulatorio son: Independencia, rendición de cuentas, transparencia y participación pública, predictibilidad, claridad de roles, claridad de reglas, proporcionalidad, requisitos de poderes, características institucionales apropiadas e integridad. De esta forma, los llamados “reformistas institucionales” buscan reformas necesarias tanto en el plano nacional como en el internacional para lograr una mayor apertura. El modelo de regulador independiente ha sido propuesto como el más adecuado, su se implementa en la ley y la práctica, pero el Banco Mundial también ha reconocido que eso no implica que sea el único modelo de gobernanza regulatoria que consiga buenos resultados sectoriales o que el modelo es posible de implementar tal cual en todos los lugares. Este fue usualmente establecido como un componente de un gran paquete de reformas que incluía reestructuración y privatización. fuere recomendada por el BM u otras instituciones financieras multilaterales o agencias de ayuda con un componente necesario del paquete de ayuda u reformas para la participación del sector privado, *vid.* NELLIS, J., “The Evolution of Enterprise Reform in Africa: From State-Owned Enterprises to Private Participation in Infrastructure—and Back,” Africa Private Sector Development Department, World Bank, Washington, DC, 2005; DELLEPIANE-AVELLANEDA, S., “Review Article: Good Governance, Institutions and Economic Development: Beyond the Conventional Wisdom”, *British Journal of Political Science*, 2009, pp. 195-224, p. 199.

refiere a la implementación sistemática y la acción de políticas del gobierno sobre como usa los poderes regulatorios para produce regulación de calidad dentro de los valores procedimentales de un sistema de gobiernos (como el proceso democrático). Se basa en la visión que asegurar la calidad de la regulación es un rol permanente y esencial del gobierno y no solo un conjunto de mejoras específicas. Busca asegurar que las capacidades instituciones les sean diseñadas con una clara visión del uso apropiado de la regulación en la sociedad¹⁵⁶. Como se verá también al analizar la tercera fase del desarrollo regulatorio, la gobernanza regulatoria ha pasado a constituir un elemento clave en desarrollo de una reforma regulatoria sistémica y holística, con la orientación de asegurar una regulación de calidad.

B. Fases del desarrollo de la política regulatoria: de la desregulación a la gobernanza regulatoria

La regulación data desde los inicios de la sociedad organizada y del ejercicio de la autoridad política sobre esta sociedad para definir los deberes y responsabilidades de los legisladores/reguladores y de los regulados¹⁵⁷. Su uso por parte de los Estados aumentó considerablemente desde el siglo XIX y se intensificó a mediados del siglo XIX. Se ha considerado que hacia las décadas de 1970 y 1980 se asistió a una excesiva regulación y mal manejo de la misma. La primera etapa de la política regulatoria se inició como reacción a esta regulación considerada excesiva, lo que generó el impulso, particularmente en la década de 1990, hacia la desregulación¹⁵⁸ o eliminación de regulaciones, y posteriormente una reforma regulatoria guiada por el proceso de liberalización. Se pasó luego a la segunda etapa, periodo en que se realizó la llamada reforma regulatoria, enfatizando en la liberalización de sectores claves de la economía y reinención de marcos regulatorios, favoreciendo de esta forma al comercio internacional. A la reforma regulatoria se aunaron posteriormente criterios de calidad regulatorio. La tercera etapa trae

¹⁵⁶ *Vid.* INVESTMENT CLIMATE ADVISORY SERVICES OF THE WORLD BANK, "Regulatory governance in Developing Countries", Better Regulation for growth Program, December, 2010, p. 7. Box 2: Defining Basic Terms in Regulatory Reform. Análisis realizado dentro del programa "Better Regulation for Growth Program" lanzado en el 2007 por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Holanda, el Departamento de Desarrollo Internacional de Reino Unido y The Investment Climate Advisory Services of the World Bank (FIAS). El objetivo del programa es ayudar a los países en desarrollo a diseñar e implementar programas efectivos de reforma regulatoria. Mayor información del programa está disponible en su página web. www.ifc.org/brg

¹⁵⁷ Este apartado se enfoca en un aspecto concreto de la regulación y su desarrollo como proceso. Para una explicación más amplia de su naturaleza y significado revisar el sub-apartado II. A sobre los aspectos conceptuales de la regulación nacional.

¹⁵⁸ A diferencia de la desregulación, la política regulatoria tiene como propósitos sopesar los costos y beneficios de la regulación en diferentes formas, esto puede conllevar a la conclusión que las regulaciones son removidas, pero no necesariamente, pero tanto a ella necesita ser reformulada que alternativas a las regulación hace más sentido.

conigo, junto a una calidad regulatoria, la idea de una gobernanza regulatoria con un enfoque más orientado hacia una gestión regulatoria eficiente y constante, integrada dentro de todos ámbitos de la política pública.

Actualmente, tomando como base este enfoque de gobernanza, la política regulatoria adquiere una concepción mucho más amplia y holística que la reforma regulatoria. La actual política regulatoria, bajo la influencia de la reciente crisis, implica necesariamente una evaluación constante de la regulación en su aplicación y diseño, y por tanto una revisión constante del éxito o fracaso de las reformas, que generan el desarrollo de nuevas regulaciones o el ajuste de las existentes¹⁵⁹.

1. Primera fase: desregulación regulatoria

La mayoría de países, con los PD a la cabeza, han pasado por un proceso de cambios en la regulación desde los años setenta-ochenta consistente sobre todo en una desregulación¹⁶⁰. Ésta etapa se basa especialmente en la eliminación de regulaciones económicas consideradas restrictivas y en la limitación de regulaciones sociales. Surge la idea de que la excesiva regulación o inflación regulatoria y la burocracia (“*red tape*”) podría ser un serio problema, por lo que se iniciaron los primeros intentos de reducirlas¹⁶¹.

Las primeras iniciativas de política regulatoria implicaron un cambio en la política pública de los Estados, lo que significó un cambio en la intervención del Estado en la economía, mediante la reestructuración y desregulación¹⁶². Se pasó de un control directo del Estado hacia un control más estratégico y limitado. Se remplazaron los mercados monopólicos por mercados competitivos, normalmente mediante la privatización de las empresas estatales, la reducción de los controles de precios, uso de licencias y otros instrumentos de regulación. Se buscó una mayor competitividad en

¹⁵⁹ Las etapas mencionadas en este párrafo son un resumen del desarrollo de la política regulatoria desarrollada en muchos países sobre todo los Miembros de la OECD. El objetivo es entender el contenido y significado de la transformación de la agenda sobre política regulatoria para poder luego (en concreto en el Capítulo Tercero de esta investigación) hacer una transposición de la misma en el marco de agenda de negociaciones del comercio de servicios

¹⁶⁰ Deregulation is a subset of regulatory reform and refers to complete or partial elimination of regulation in a sector to improve economic performance. *Vid.* OECD 1997, p. 6. De manera más concreta y parcializada se afirmó también que la “Desregulación es la introducción de competencia en los sectores que han estado monopolizados para que se produzca una competencia real” *Vid.* FERNANDEZ ORDONEZ, M. A. La competencia, ciencias sociales, 2000, p. 8

Aligeramiento o supresión de limitaciones reglamentarias emanadas de los poderes públicos que pesan sobre los agentes económicos *Vid.* PASCUAL Y VICENTE, J., *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*, Madrid, Civitas, 2002.

¹⁶¹ *Vid.* INVESTMENT CLIMATE ADVISORY SERVICES OF THE WORLD BANK, "Regulatory governance in Developing Countries", *op. cit.*, p. 5.

¹⁶² *Vid.* OECD, *Reviews of Regulatory Reform Background Document on Regulatory Reform in OECD Countries*, pp. 29, en p. 3; OECD, *Background document on regulatory reform in OECD countries*, *op. cit.*, p. 8.

algunos sectores tales como los servicios financieros y de telecomunicación, en los cuales se han hecho progresos más rápidos, mientras en otros sectores como energía y transporte los avances han sido más lentos¹⁶³.

El fundamento casi dogmático de la llamada “desregulación” era que la acumulación o inflación regulatoria dañaba al crecimiento económico y por tanto al desarrollo, afectando al emprendimiento empresarial, la inversión y la innovación. Frecuentemente estas políticas se basaban también en estudios microeconómicos aplicados sobre los costos y beneficios de la regulación¹⁶⁴.

Una idea esencial de esta etapa era la imposición del llamado “*small government*”, es decir la reducción del gobierno en todos sus ámbitos, y el pensamiento que esta reducción del gobierno trae consigo indefectiblemente beneficios. Pero este esfuerzo inicial de desregulación para reducir la inflación reguladora fue solamente parcialmente exitoso, en los años ochenta y noventa se necesitaban reformas adicionales que estimularan la competencia y redujeran la ineficacia. Fueron varios los factores que presionaron y soportaron la necesidad de la reforma regulatoria a nivel mundial, entre ellos: la innovación tecnológica, los cambios en la demanda del consumidor, en especial la demanda de prestación de mejores servicios, la evolución de una economía de manufactura a una economía de servicios, y la interdependencia de los mercados a nivel internacional, así como la confluencia de las fallas reguladoras del gobierno, subrayada por el aumento de la internacionalización de la economía. Se generó de esta forma un cambio impulsado por el mercado, que se orientó a mantener el rendimiento económico en las circunstancias cambiantes de la sociedad internacional. Se reconoció que “los principios de desregulación no reconocieron adecuadamente que la gobernanza moderna puede cumplir las necesidades de las sociedades complejas solamente si los gobiernos regulan y regulan bien”¹⁶⁵. Se inició así la etapa de la reforma regulatoria.

2. Segunda fase: la reforma regulatoria y la calidad regulatoria.

Esta segunda etapa, que se desarrolla desde inicios de los años noventa, se configura como una reforma de la regulación y de la gestión o buena administración. No busca solamente una desregulación sino una reforma con mayor énfasis en la calidad y mejora regulatoria¹⁶⁶.

¹⁶³ Vid. OECD, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", *op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁴ Vid. INVESTMENT CLIMATE ADVISORY SERVICES OF THE WORLD BANK, "Regulatory governance in Developing Countries", *op. cit.*, p. 5.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹⁶⁶ Vid. OECD, *Background document on regulatory reform in OECD countries*, *op. cit.*; INVESTMENT CLIMATE ADVISORY SERVICES OF THE WORLD BANK, "Regulatory governance in Developing Countries", *op. cit.*, p. 5.

Se suele entender por reforma regulatoria a los cambios necesarios para mejorar la calidad regulatoria, dichos cambios implican la mejora de la regulación ya sea en su contenido material como formal. La reforma del contenido material de la regulación implica mejorar su rendimiento, su relación efectividad-costos y su legalidad. En cuanto al contenido formal de la regulación, la reforma se enfoca en el proceso de creación de las regulaciones y reformas en la gestión o administración regulatoria¹⁶⁷.

La reforma implica también la acción de mejorar la existencia y el flujo de regulaciones, reformando las regulaciones que conlleven obstáculos innecesarios al comercio, la competencia, la innovación, y el crecimiento. Los programas de reforma llevados a cabo por diversos países consisten en reducir las regulaciones gravosas y pobremente diseñadas, así como en mejorar su calidad. Una de las características principales de la reforma regulatoria fue la relación que se estableció con el enfoque de integración económica y apertura de mercado, y por tanto con la liberalización del comercio internacional. Justamente uno de los fundamentos de la reforma ha sido y sigue siendo su efecto positivo en el crecimiento y las transformaciones del comercio¹⁶⁸. La OCDE afirma que existe un refuerzo mutuo entre la competencia, la apertura del mercado y políticas regulatorias y que la reforma reguladora ayuda a los países a ajustarse mejor a las circunstancias cambiantes y a los choques externos¹⁶⁹. Así, la reforma reguladora ha llegado a ser cada vez más central a las agendas de la política económica¹⁷⁰.

La reforma regulatoria busca a su vez asegurar que las regulaciones sirvan de manera eficiente a la culminación de objetivos sociales importantes¹⁷¹. En este sentido, se afirma también que el rol de la reforma regulatoria es doble. Por un lado mejora la productividad y el crecimiento a largo plazo, contribuyendo al funcionamiento de la economía y a la creación de un desarrollo sostenible¹⁷². Por otro lado, los principios de buena regulación son en sí mismos un punto de referencia para lograr el balance entre el rol de Estado y el mercado¹⁷³. Según la OCDE, en esta

¹⁶⁷ Vid. CZAGA, P., "Regulatory Reform and Market Openness: Understanding the links to enhance economic performance", *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁸ Ver con detalle el apartado B.3 sobre la relación de la calidad regulatoria y el comercio internacional.

¹⁶⁹ Vid. OECD, "Regulatory reform for recovery: Lessons from implementation during crises", *OECD Reviews of Regulatory Reform*, OECD, Paris, 2010, p. 3. La OECD afirma que "un programa de reforma regulatoria bien estructurado e implementado contribuye a un mejor rendimiento de la economía y beneficia el bienestar social, el crecimiento económico, la creación de trabajo, la innovación, la inversión, y las nuevas industrias, lo que también ayuda a generar precios más bajos y más opciones para los consumidores".

¹⁷⁰ Vid. OECD, REVIEWS OF REGULATORY REFORM BACKGROUND DOCUMENT ON REGULATORY REFORM IN OECD COUNTRIES pp. 29, en p. 3; OECD, *Background document on regulatory reform in OECD countries*, *op. cit.*

¹⁷¹ Vid. OECD, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", *op. cit.*, p. 6; OECD, "Regulatory reform for recovery: Lessons from implementation during crises", *op. cit.*, p. 3.

¹⁷² Hay evidencia que la regulación permite esto.

¹⁷³ Vid. OECD, "Regulatory reform for recovery: Lessons from implementation during crises", *op. cit.*, p. 15.

etapa se generó el concepto del “estado regulador”, es decir, un Estado que en términos de política regulatoria mantiene un rol aún estratégico en la economía y en la sociedad, pero con una relación con los ciudadanos de “brazos largos”, es decir que participa de manera menos intrusiva en la actividad económica¹⁷⁴. El sector público continuaba siendo importante, puesto que constituye una parte muy grande de la economía de todos los países de OCDE y de la mayoría de los PED. Las políticas de reforma regulatoria difieren entre los países, entre otros factores, debido a las diferencias en sus objetivos de orden público, las características institucionales, técnicas y culturales de cada país. La elección de los sectores considerados para realizar la reforma también se hace tomando en cuenta su incidencia en la satisfacción de un servicio público. En este sentido la reforma regulatoria de los servicios públicos es un aspecto clave y a la vez sensible en la política regulatoria¹⁷⁵.

La agenda de la reforma regulatoria en los PD ha llevado consigo la adopción de una serie de principios y recomendaciones, así como herramientas y procesos concretos usados para obtener regulación de calidad¹⁷⁶. También se han realizado estudios sobre la situación regulatoria de varios países¹⁷⁷, los cuales constituyeron las bases para la revisión de las regulaciones existentes e implementación de políticas regulatorias orientadas a la liberalización económica y comercial. Un documento reciente que contiene indicadores del manejo regulatorio en muchos PD refleja que la mayoría de los países Miembros de la OCDE implementaron programas amplios y claros de reforma regulatoria así como un marco de implementación¹⁷⁸.

Esta segunda etapa puede dividirse en dos periodos con sus respectivas estrategias para lograr la mejora de la regulación:

¹⁷⁴ Vid. OECD, *Background document on regulatory reform in OECD countries*, op. cit., p. 3

¹⁷⁵ Para los defensores de la reforma regulatoria un marco regulador fuerte y de calidad es esencial para una mejor entrega de los servicios públicos, el desafío está en inyectar mediante este marco regulatorios competencia a los servicios públicos, para ganar productividad y eficacia *ibid.*, p. 5.

¹⁷⁶ Las primeras recomendaciones y principios se realizaron a finales de los años noventa. Vid. “Recommendation for Improving the Quality of Government Regulation” (OECD, 1995), OECD, “The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis”, op. cit., p. 27-34. Los cuales, como se verá, se conservaron, añadiendo recomendaciones que buscan en enfoque de regulación de calidad en la que participe la totalidad del gobierno. “OECD Guiding Principles of Regulatory Quality and Performance” 2005, OECD, Paris, p. 3-8, y su documento antecedente, OECD “Recommendations of the OECD for Improving the Quality of Government Regulation”, 1995, OECD, Paris, que fue el primer statement internacional de principios regulatorios comunes para los países Miembros.

¹⁷⁷ La OECD ha realizado Informes sobre la reforma regulatorio en 26 países Miembros y otros países no miembros Rusia (2002-2005), Brasil (2007), China (2005-2008), basado en una metodología de análisis comparativos y revisión. Los informes cubren tres temas principales : mejor regulación, acceso al mercado y política de la competencia. Recientemente se ha incluido el tema de la gobernanza multi-nivel (Suecia, Italia y Australia). A nivel de sectores se han cubierto varios sectores de infraestructura, incluidos telecomunicaciones, transporte, energía, agua, servicios postales y otros.

¹⁷⁸ Vid. OECD, *The OECD Indicators of Regulatory Management Systems across OECD Countries. Indicators of Recent Achievements and Challenges*, OECD Working Papers on Public Governance, 2007, Paris.

El primer periodo tiene como eje de acción el conjunto de recomendaciones señaladas por la OCDE para la reforma, dadas en 1997, que constituye la primera guía para los países Miembros, orientada esencialmente a mejorar las políticas regulatorias. Estas directrices buscan la apertura comercial, liberalización y libre competencia así como la reducción de barreras regulatorias mediante una política regulatoria. Estos principios reguladores del gobierno dados por la OCDE aconsejan: desregularizar donde los mercados trabajan mejor que los gobiernos; regular bien donde los mercados no pueden trabajar sin gobiernos; establecer sistemas para asegurarse que las leyes son coherentes y bien manejadas, así como asegurar que las regulaciones se hagan de una manera que aseguren los principios democráticos. En este primer periodo, las reformas fueron frecuentemente realizadas mediante iniciativas únicas y esfuerzos aislados que no constituyeron un enfoque completo y coherente. Remover las regulaciones innecesarias, notablemente en sectores que cumplen necesidades públicas, es importante, pero no cumple con las necesidades de transformación de la política regulatoria.

El segundo periodo se inició con la identificación y análisis de los resultados alcanzados con la implementación de una regulación orientada a la promoción de la liberalización comercial y guiada por los principios reguladores de la OCDE de 1997. Se utilizó el Análisis de Impacto Regulatorio, como una herramienta para considerar las alternativas de regulación dentro de la agenda regulatoria. En este periodo se integró plenamente el criterio del acceso al mercado en el proceso regulatorio. Se dio inicio a una búsqueda permanente por buena regulación o regulación de calidad¹⁷⁹. La calidad regulatoria se refiere a un marco regulatorio en que las regulaciones y los regímenes reguladores son eficientes en términos de coste-eficacia, y debe tener un propósito regulador y de política claro, transparente y responsable. La calidad reguladora contribuye también a una buena gobernanza en el sector público, que se reconoce cada vez más en las valoraciones de la competitividad y de la atracción de un país para la inversión¹⁸⁰.

En esta nueva búsqueda por la calidad regulatoria, las recomendaciones de 1997 quedaron desfasadas. La OCDE desarrolla en el 2005 una serie de principios para la calidad regulatoria que plasman estas nuevas ideas y buscan la renovación de los compromiso de mejora regulatoria¹⁸¹. La guía de principios del 2005 sirve para orientar a los países que desarrollan sus políticas regulatorias

¹⁷⁹ La preocupación por buscar un sistema de “buena regulación” se hizo permanente, se comentaba en este sentido que eran dos características esenciales de un buen sistema regulatorios. “La primera se relaciona con los instrumentos o formas legales para alcanzar los objetivos deseados, estos deberían ser apropiados a la luz de las justificaciones sociales y económicas. La segunda características se relacionada con los procedimientos o procesos por los cuales el instrumentos es formulado y aplicado. Es necesaria la legitimidad en sus operaciones dentro de la comunidad, para esto se deben reconocer el valor de los procesos Vid. OGUS, A., "Regulatory Institutions and Structures", *op. cit.*, p. 2.

¹⁸⁰ OECD, *Background document on regulatory reform in OECD countries*, *op. cit.*, p. 5-6.

¹⁸¹ Para una revisión detallada de los 7 principios ver. OECD, "Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance", París, 2005.

para establecer principios de calidad regulatoria y clarificar de esta forma cuáles son las metas que deben perseguir. Los nuevos principios regulatorios prestaron atención a aspectos tales como la coherencia política y la coordinación multinivel, propuestas y valoraciones previas sobre la política regulatoria, políticas de competencia para redes de infraestructura que cumplen con necesidades públicas, y la apertura al mercado, entre otros¹⁸².

En la búsqueda por una adecuada implementación de la política regulatoria, se ha considerado la experiencia de varios países de la OCDE de los últimos años, y se han identificado varios factores que conducen hacia un buen resultado regulatorio¹⁸³. El primero de estos factores es la necesidad que existan instituciones regulatoria apropiadas. El segundo factor se relaciona con la capacidad de tomar en consideración el impacto y la reacción de los afectados por las reformas; mediante el uso de Análisis de Impacto Regulatorio¹⁸⁴. El tercer factor se relaciona con encontrar las oportunidades o el momento apropiado para la reforma y la interacción con diferentes áreas de política. El cuarto y último factor se refiere a la importancia de las organizaciones internacionales en apoyar las reformas. Se resalta el rol de la OCDE para mejorar el ambiente regulatorio de sus Miembros, la cual actúa sin exigir la obligatoriedad, mediante un método de coordinación y *soft law*.

Ésta es la etapa en la que se inicia la institucionalización de la buena regulación en el gobierno, y en la que se dan los primeros pasos hacia la agenda de gobernanza regulatoria, que enfatiza en la necesidad de un enfoque de “*whole of government*” basado en un enfoque de reforma sistémica¹⁸⁵. De esta forma, en la segunda etapa, se pasa de un proceso de eliminación y revisión de la regulación hacia una transformación más amplia, sean, institucionales, administrativas e incluso culturales. Se desarrolla de esta forma un marco conceptual más fuerte para la calidad regulatoria, tarea muchas veces difícil de hacer efectiva; en tanto que la reforma reguladora se convierte en parte de una transformación económica y social más profunda¹⁸⁶.

¹⁸² *Ibid.*, p. 2.

¹⁸³ Para un análogo de estos factores *vid.* MELONI, G., "Enabling Regulatory Reform (Chapter 9)" *OECD, Making Reform Happen, Lessons from OECD Countries*, Washington, OECD Publishing, 2009, pp. 239-268, p. 230 <http://www.oecd.org/dataoecd/44/3/45384311.pdf>

¹⁸⁴ Los análisis de impacto regulatorio... que facilita la introducción de mecanismos de consulta sistemática con aquellos que son afectados por la reforma. La experiencia relacionada con los análisis de impacto regulatorios y la revisión de las buenas prácticas regulatorias en los países de la OECD dio las bases para mejorar la estrategia y enfocarla hacia una eficiente gobernanza regulatoria. MELONI afirma que se han mejorado las oportunidades de análisis de la reforma, permitiendo realizar enfoques más coherentes en la formulación de políticas. Se ha generado un marco para la colaboración a fin de identificar potenciales sinergias a través de todo el gobierno y además que los países pueden enfrentar ahora mejor los obstáculos creados por la tradicional compartimentación de funciones, *ibid.*, p. 262-263 <http://www.oecd.org/dataoecd/44/3/45384311.pdf>

¹⁸⁵ *Vid.* OECD, *Regulatory Policies in OECD Countries: From Interventionism to Regulatory Governance, Reviews of Regulatory Reform*, Paris, OECD, 2002 OECD, "Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance", *op. cit.*

¹⁸⁶ *Vid.* OECD, *Background document on regulatory reform in OECD countries*, *op. cit.*, p. 4.

3. Tercera fase: hacia una gobernanza regulatoria en tiempos de crisis

Se considera que actualmente se está pasando por una tercera fase en el desarrollo de la política regulatoria, esta fase parte del enfoque de reforma de la regulación y enfatiza en la calidad regulatoria multifacética como un elemento esencial de la gobernanza moderna.

Se continúa desarrollando una agenda de gobernanza regulatoria¹⁸⁷ mediante una política regulatoria más integral, con la participación y cooperación de las diferentes entidades, así como la coordinación internacional mediante la participación de varias instituciones internacionales. El proceso hacia la nueva agenda de la gobernanza regulatoria se inició en los primeros años del siglo XXI. Se afirma que el poco éxito de la política regulatoria en brindar de manera consistente una regulación adecuada puede estar relacionado con la incorrecta y poco desarrollada gobernanza regulatoria¹⁸⁸. Se ha reconocido que la aplicación de la gobernanza regulatoria ha sido pobre y su inserción dentro de las funciones del Estado como una disciplina fundamental tampoco se ha alcanzado, por lo que se plantean retos importantes para el desarrollo de la nueva agenda de la política regulatoria post crisis.

Un elemento clave en la nueva agenda de la política regulatoria post crisis¹⁸⁹ es buscar la aplicación efectiva de un enfoque integrado para el despliegue de instituciones, herramientas y procesos regulatorios.¹⁹⁰ O según la última recomendación de la OECD que incluye a instituciones y herramientas, políticas¹⁹¹.

Otro elemento importante es la necesidad de la coordinación de las acciones regulatorias, desde el diseño y desarrollo de las regulaciones, hasta su implementaciones y aplicación en el ciclo de la gobernanza regulatoria, con un permanente monitoreo y evaluación de las regulaciones¹⁹². La aplicación efectiva la política regulatoria, desde su enfoque holístico, se hace más urgente con la crisis y la post crisis mundial.

¹⁸⁷ Vid. INVESTMENT CLIMATE ADVISORY SERVICES OF THE WORLD BANK, "Regulatory governance in Developing Countries", *op. cit.*, p. 5.

¹⁸⁸ Vid. OECD, "Regulatory Policy and the Road to Sustainable Growth ", *op. cit.*, p. 44.

¹⁸⁹ La sociedad cada vez más globalizada tiene serios problemas de implementación de políticas y de coordinación a nivel global los que llevado entre otras causas a una crisis económica mundial, ello ha llevado nuevamente a replantearse el sentido y la agenda la política reguladora, como se verá con detalle en al hablar de la tercera etapa de la reforma regulatoria.

¹⁹⁰ Vid. OECD, "Regulatory Policy and the Road to Sustainable Growth ", *op. cit.* p. 20, p. 50.

¹⁹¹ "la Recomendación de 2012 del Consejo de la OCDE de Política Regulatoria y Gobernanza convoca a los países para que se comprometan en el más alto nivel político con una política explícita de gobierno entero en aras de la calidad regulatoria. por otra parte, la recomendación sugiere que deben tenerse objetivos claros y marcos de aplicación para asegurar que se maximicen los beneficios netos de la regulación Vid. OECD, 2012

¹⁹² Vid. OECD, "Regulatory Policy and the Road to Sustainable Growth ", *op. cit.*, p. 12 ss. y pp. 49-51.

Una vez realizadas las medidas urgentes de estabilización para tratar las consecuencias de la crisis financiera y económica mundial del 2008, los países buscan una respuesta a largo plazo, que pasa por plantear reformas más estructurales y encontrar los medios para alcanzar un crecimiento más sostenible. La sociedad internacional intenta establecer una hoja de ruta para avanzar en este sentido, parte importante de esta respuesta internacional se basa en la regulación y su aplicación. Las políticas regulatorias buscan y han buscado históricamente desarrollar programas de reforma regulatoria específicos dentro de un marco amplio de políticas gubernamentales, que consoliden la recuperación y hagan a los países más resistentes a crisis semejantes¹⁹³. Se ha advertido así que las reformas regulatorias puede jugar un rol importante durante periodos de crisis, la creación de un sistema regulatorio bien diseñado facilita la salida y entrada del mercado y reduce las restricciones y barreras regulatorias¹⁹⁴. Existe actualmente mucha presión para una regulación más fuerte, debido a que las estructuras existentes fallaron especialmente en el sector financiero. Sin embargo la OCDE expresa su preocupación por una re-regulación ejecutada con prisas y sin considerar los principios de buena regulación que ya se han construido¹⁹⁵. Se deben además valorar las respuestas a crisis pasadas y el uso exitoso de reformas regulatorias como herramientas de recuperación económica, que pueden servir de guía práctica en el diseño e implantación de estrategias exitosas.

La efectiva regulación puede dar un fuerte apoyo para cumplir con los retos que han emergido de la crisis¹⁹⁶, mientras que la regulación ineficiente de manera contraria ralentiza la recuperación. Los retos de la política regulatoria incluyen la necesidad de fortalecer las evaluaciones sobre el impacto regulatorio y las capacidades institucionales para identificar y conducir las reformas prioritarias, así como encontrar la coherencia en la política regulatoria, encontrando el balance entre valores sociales, económicos y ambientales¹⁹⁷. Las medidas de los PD para salir de la crisis como la mayor presión fiscal, medidas para reducir el gasto público e incrementar la productividad, hacen que aumente también la atención a la regulación y las barreras

¹⁹³ En un trabajo de la OCDE tomando en cuenta la experiencia de 5 países resaltan los beneficios y límites del buen uso de la reforma regulatoria. Analiza el diseño e implementación de programas de reforma en un episodio de crisis de 1990 y las compara con las respuestas de 2008-09. Considera las estrategias de Japón, Corea, México, Suecia y el Reino Unido. Ver. OECD, "Regulatory reform for recovery: Lessons from implementation during crises", *op. cit.*

¹⁹⁴ *Ibid.*p. 35

¹⁹⁵ *Vid.* OECD *Economic Policy Reforms 2010: Going for Growth*, OECD Publishing, Paris.

¹⁹⁶ Algunos de esos retos implican volver las economías de los países a la recuperación económica con crecimiento sostenible y encontrar la manera de manejar las complejas e interrelacionadas metas de políticas, anticipar y manejar los riesgos de manera más efectiva y ganar nuevamente la confianza de los ciudadanos.

¹⁹⁷ Un ejemplo del apoyo institucional exitoso en apoyar la coherencia política es la Australian Productivity Commission, es un órgano independiente de investigación que asesora al gobierno australiano a identificar qué reformas son necesarias. Revisa el impacto de las existentes regulaciones dando un análisis ex post de la efectividad de las políticas regulatorias y programas. <http://www.pc.gov.au/about-us>

regulatorias. En este sentido, la búsqueda de una solución a los problemas de la crisis mundial de 2008 ha llevado a la comunidad internacional a redefinir la agenda para la política regulatoria¹⁹⁸.

Es cada vez más reconocido que las estrategias de una política regulatoria adecuada deben ser específicas e individualizadas a las características y necesidades de cada país. Incluso dentro de los Miembros de la OCDE, si bien existen considerables aspectos comunes en los objetivos amplios de política regulatoria, existen también diferencias importantes en la implementación de la política regulatoria de dichos países. Ciertamente, las herramientas usadas por los países para desarrollar las regulaciones de calidad son muy diversas¹⁹⁹. Los gobiernos y los ciudadanos, en tiempos de crisis, se plantean preguntas sobre qué y cómo, tratando de evitar el riesgo de regulaciones excesivamente restrictivas²⁰⁰. Por lo tanto, la buena regulación se convierte en un elemento aún más importante para ayudar a los gobiernos a manejar riesgos y mejorar la competitividad, tanto en los PD como en los PED.

Se resaltan dos características esenciales de esta nueva agenda de política regulatoria:

a. Conjunción de una buena gobernanza y de una calidad regulatoria

Se trabaja en la consecución de un programa regulatoria en el que se integran los elementos de una buena gobernanza y los de una calidad regulatoria. Ambos componentes son clave para la búsqueda de políticas económicas y políticas de interés público por parte de los gobiernos, buscando la aplicación de una pertinente política regulatoria, coordinada con estrategias de recuperación económica y el crecimiento. Como un aspecto concreto de esta primera característica, se tiene por ejemplo la creación del nuevo Comité de Política Regulatoria de la OCDE²⁰¹, en octubre del 2009, cuyo principal objetivo es asistir a los Miembros y no Miembros a construir y fortalecer las capacidades para la calidad regulatoria y la reforma regulatoria. El comité va a fomentar el enfoque integrado, horizontal y multidisciplinar para la calidad regulatoria, su enfoque se adhiere también a principios de buena gobernanza. Busca promover la política regulatoria para

¹⁹⁸ Ver por ejemplo los resultados de la Conferencia de la OECE, Regulatory Policy at the Crossroads Towards a New Policy Agenda OECD Conference, Paris, 28-29 October 2010. Draft program. www.oecd.org/regreform/policyconference.

¹⁹⁹ Este último punto es destacado en el trabajo de MALYSHEV. Ver. MALYSHEV, N. A., "Regulatory Policy: OECD Experience and Evidence", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, no. 2, 2006, pp. 274-299.

²⁰⁰ La recomendación de la OECD es que la implementación de la reforma, no debe retardarse en tiempo de crisis, sino más bien acelerarla para beneficiarse de los resultados. La implementación de la reforma en crisis se percibe como costosa o problemática, por lo que es necesaria una determinación política.

²⁰¹ El denominado Regulatory Policy Committee de la OECD se creó en consideración de la Resolución del Consejo de la OECD sobre el establecimiento de un nuevo comité en política regulatoria [C/M(2009)21/PROV, Item 240], siguiendo las recomendación del Comité de Evaluación sobre la valoración del Group on Regulatory Policy [C(2009)36 and CORR2/REV1], y CORR2/REV1], proponiendo la creación de un nuevo comité que reemplace tanto el "Group on Regulatory Policy" and the "Working Party on Regulatory Management" and Reform.

alcanzar el bienestar social general y no solamente de intereses sectoriales. Cabe resaltar que el enfoque horizontal entre regulación y buena gobernanza promovido por el nuevo comité integra también consideraciones amplias sobre los beneficios de la apertura económica. Otro ejemplo del nuevo enfoque es el de la Comisión Europea, dentro de la agenda para una mejora regulatoria «Legislar mejor». La cual busca también la calidad de las normas regulatorias dentro de su política general de buena gobernanza en el contexto de la crisis económica mundial y la búsqueda de la recuperación²⁰². El plan europeo de recuperación económica subrayaba que en el contexto actual de dificultades económicas y financieras la calidad de las normas reguladoras es más importante que nunca²⁰³. Se preocupa sobre todo por la correcta aplicación del Derecho Comunitario, de la simplificación y accesibilidad de la legislación, mediante la reducción de la regulación burocrática y cargas administrativas²⁰⁴. La Comisión adoptó ya un enfoque más sistemático en enero de 2007, al presentar un ambicioso Programa de Acción para reducir un 25 % las cargas administrativas que recaen sobre las empresas de la UE en el 2012²⁰⁵.

b. El reforzamiento de la coordinación y cooperación internacional en materia de regulación

Esta coordinación y cooperación se da en diversas áreas de regulación, no solamente en el sector financiero. La Comisaria para el Comercio de la Unión Europea, respecto a la cooperación internacional en materia de regulación, señalaba por ejemplo que las principales diferencias para lograr una mayor integración comercial entre la UE y EEUU surgen de los distintos enfoques regulatorios en los mercados claves. Los problemas reales a los que se enfrentan los exportadores son por ejemplo las reglas sobre valoración de riesgos, licencias y divergencias técnicas. Estas barreras aparecen, porque a pesar de las similitudes, continúan existiendo diferencias que derivan de los sistemas regulatorios diferentes y de los valores que los sustentan²⁰⁶. Una de las prioridades en la política comercial de la UE con los EEUU es entonces trabajar hacia una convergencia regulatoria futura, mediante una mejor y más efectiva cooperación regulatoria, para lograr una

²⁰² Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Tercer examen estratégico del programa «Legislar mejor» en la Unión Europea, Doc. COM(2009) 15 final, Bruselas, 28.1.2009, p. 11.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, DOCUMENTO DE TRABAJO DE LA COMISIÓN, Reducción de las cargas administrativas en la Unión Europea Anexo del tercer análisis estratégico del programa «Legislar Mejor» Doc, COM(2009) 16 final Bruselas, 28.1.2009

²⁰³ Vid. COM (2008) 800.

²⁰⁴ Se ha señalado en este sentido, que la supresión de las cargas administrativas innecesarias, en épocas económicas difíciles, es más importante que nunca, ya que las empresas de la UE tienen menos recursos y necesitan invertir para seguir siendo competitivas

²⁰⁵ Vid. COM(2007) 23.

²⁰⁶ Vid. CATHERINE ASHTON, (European Commissioner for Trade), "The transatlantic challenge: working together to shape the rules of globalisation". Presentación ante la cámara de comercio de los Estados Unidos, Project Better Regulations and Cooperations, 26 October 2009, Washington, D.C. <http://www.uschamber.com/grc/grc-regulatory-promulgation>

“*smarter regulation*” y un mayor comercio. El Consejo Transatlántico Económico, con el objetivo de desaparecer las barreras comerciales que quedan, se ha propuesto recientemente realizar mayores esfuerzos de convergencia mediante la cooperación en áreas donde no existan aún regulaciones divergentes como en los sectores sobre nuevas tecnologías y nanotecnología²⁰⁷.

Cabe señalar que desde hace unos años se aprecia en la OCDE la participación de países no Miembros, como Rusia, Brasil o China, que actúan como observadores en el grupo especial de políticas regulatorias²⁰⁸. Estos países entre otros están llevando a cabo iniciativas para tratar de mejorar la calidad de las regulaciones y tratar de lograr las ventajas de una buena regulación. La reforma regulatoria constituye uno de los aspectos de los programas de buena gobernanza de muchos PED como es el caso de los Países Árabes, apoyados por la OCDE y la PNUD²⁰⁹. Sin embargo, la implantación de las políticas de mejora regulatoria es difícil en muchos de estos PED y países en transición. Se están desarrollando programas de asistencia bilateral y multilateral para ayudar a construir capacidad para el Análisis de Impacto Regulatorio u otras herramientas de política regulatoria. Se espera que con el tiempo se mejoren las medidas regulatorias y los procesos regulatorios.

C. La relación entre calidad regulatoria y la liberalización del comercio internacional

La liberalización comprende las acciones que tienen por objeto levantar las trabas y barreras públicas al ejercicio de la actividad económica²¹⁰. Es un concepto político asociado con una mayor confianza en los procesos de mercado y visión crítica de la intervención del gobierno, es entendida específicamente como el proceso de supresión de barreras regulatorias y de otra índole para beneficiar a la competencia y/o el acceso al mercado²¹¹. En la teoría de economía de mercado y la idea de la liberalización del comercio se fundamentan las disposiciones del Sistema Multilateral del Comercio²¹².

²⁰⁷ Ver el último informe de Consejo Economic Transatlanticos

²⁰⁸ *Vid.* Investment Compact for South East Europe, y de la completion of the APEC-OECD Integrated Checklist for Regulatory Reform.

²⁰⁹ *Vid.* OECD, "Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance", *op. cit.*, p. 2.

²¹⁰ *Vid.* PASCUAL Y VICENTE, J., *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*, *op. cit.*

²¹¹ Adam SMITH en su obra *Wealth of Nations* (1776) dio la base intelectual para el libre comercio y David RICARDO luego desarrolló la noción de la ventaja comparativa como un argumento del libre comercio. El argumento de teoría de la ventaja comparativa consiste en que cada región debe concretar en qué puede producir a menor costo y de manera más eficiente, luego debe intercambiar estos bienes u servicios por aquellos que puede producir tan eficientemente.

²¹² Con independencia que existan argumentos u alternativas a las aproximaciones de mercados excesivamente puras y el hecho que una combinación de políticas pueda ser atractiva para ciertas sociedades, parece razonablemente claro que las políticas económicas basadas en principios de mercado pueden ser beneficiosas y en todo caso las fuerzas del mercado pueda causar dificultades si no son respetadas. *Vid.*

En esta investigación se considera, tal como buena parte de la doctrina actual²¹³, que si bien la liberalización se entiende como consecuencia de la reducción o eliminación de regulaciones gravosas, la liberación requiere frecuentemente una re-regulación o reforma de la regulación y no únicamente una desregulación²¹⁴. Algunos autores afirman que la desregulación involucra en sí misma una re-regulación o reforma regulatoria y que esta es la forma más adecuada de entender a la desregulación²¹⁵. Es decir como un proceso que hace las reglas más simples, transparentes y efectivas, que implica un reemplazo de las actuales regulaciones por otras menos gravosas e incluso la creación de nuevas regulaciones. Es más, la eliminación de regulaciones no siempre permite un ambiente competitivo efectuado especialmente en el contexto de la privatización, Además la desregulaciones puede frecuentemente reducir el acceso a los servicios a un precio asequible y puede llevar a una distribución más desigual del ingreso y el bienestar²¹⁶

Por otro lado el debate sobre la relación entre liberalización del comercio y las políticas regulatorias se fundamenta no tanto en si se liberaliza o se regula sino, en determinar el adecuado nivel de liberación y de regulación. Según KRAJEWSKI, la respuesta depende de la decisión sobre de que metas sociales son deseables como ellas puede alcanzarse efectivamente²¹⁷. La cuestión es entonces no solamente si se acepta la intromisión en las políticas nacionales y la soberanía regulatorias sino el encontrar las formas regulatorias para efectuar dicha integración profunda de una manera equitativa y que fomente al crecimiento. Esta especificación sobre la regulación es importante para definir el fundamento y objetivo del Sistema multilateral del comercio y del AGCS en particular, en tanto la meta del acuerdo es la progresiva liberalización y no la desregularización de servicios,

Desde un punto de vista de la política económica THATCHER²¹⁸ realiza un estudio sobre la internacionalización del mercado²¹⁹ y cuál es la relación de esta internacionalización con las

JACKSON, J. H., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Translated by SANTARELLI, N. C., ESPOSITO, C. Y BOUSAS, R., *Catedra Internacional OMC/Integracion Regional*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009, p. 140.

²¹³ Vid. MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Key Issues", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank y Oxford University Press, 2003, pp. 1-6, p. 1.

²¹⁴ Para mayor detalles sobre la desregulación y reformar de la regulación, entendidas como fases del proceso de política regulatoria, ver el apartado B.1.b. sobre la primera y segunda fase p.

²¹⁵ Vid. MAJONE, G. "From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences on Modes of Governance", *Journal Of Public Policy*, vol 17, 1997, p. 140, 143.

²¹⁶ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 8.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 10.

²¹⁸ Vid. THATCHER, M., *Internationalisation and Economic Institutions: Comparing the European Experience*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

²¹⁹ Entendida como una fuerza incontenible de reforma económica Es definida como la presión ejercida en los legisladores que esta fuera de su control. Es la afuerza que mueve la reforma de los

políticas de regulación nacionales y las instituciones nacionales. Se enfoca para esto en sectores de servicios estratégicos (telecomunicación, electricidad, transporte aéreo y servicios postales). Ofrece, de manera innovadora, una definición de internacionalización del mercado amplia, que incluye las decisiones de política internacional. Es decir, considera que un elemento integrante de la internacionalización del mercado es la reforma de la regulación en las potencias económicas, (en particular en UE y países como EE.UU. e Inglaterra) y la indirecta presión internacional que ejercen sobre los reguladores mediante sus políticas. Estas reformas de regulación constituyen las denominadas “formas políticas de internacionalización”. Que son, según el autor, factores determinantes de las reformas radicales de las instituciones nacionales. Mientras que la internacionalización de la tecnológica y los factores económicos no son tan impactantes como se suele pensar. Se sugiere también que los portadores de la internacionalización no son sólo los intereses socioeconómicos, sino también los actores políticos y estatales, especialmente los gobiernos²²⁰. De esta forma la incidencia de las reformas ha pasado a ser transnacional, las reformas regulatorias de otros Estados, se convierten en una parte muy importante del proceso de toma de decisiones nacionales.

Cabe resaltar al hablar del debate entre regulación y liberalización la importancia de la cooperación internacional para la regulación. Los Estados deben trabajar juntos para evitar los daños transfronterizos que no son considerados completamente en la toma de decisión nacional, y evitar que la regulación pro competencia sea perjudicial. Deben trabajar juntos para hacer las regulaciones y establecer las instituciones que permitan una revisión adecuada de las regulaciones y entidades del gobierno. Respecto del rol de la organización internacional este la cooperación para una mejora de la regulación, cabe resaltar la actuación de la OCDE con su programa de Reforma Regulatoria que tiene como meta ayudar a los gobiernos a mejorar su calidad regulatoria. Reformado la regulación que constituye obstáculos innecesarios y asegurándose que se cuenta con regulaciones eficientes para cumplir con objetivos sociales.

Con estos antecedentes, y desde el punto de vista del derecho internacional económico cabe preguntarse ¿Cuál es el rol del derecho internacional en la internacionalización de las políticas regulatorias?; ¿Es posible hacer uso de principios o normas internacionales en reacciones y aplicaciones de la normas regulatorias nacionales?; ¿Puede el Derecho Internacional ayudar a tomar las decisiones de política reguladora nacional, cuando existe la presión de internacionalización del mercado en la reforma de la regulación? ¿Cuál es el rol de las

monopolios legales nacionales en sectores tales como electricidad, servicios postales, aerolínea y telecomunicación.

²²⁰ Según el autor, esta internacionalización ayuda al establecimiento de las instituciones nacionales eficientes, tales como el establecimiento de organismos reguladores independientes o la liberalización de los mercados. De hecho las formas políticas de internacionalización contribuyen a la convergencia de las instituciones económicas a través de las diferentes naciones.

organizaciones e instituciones internacionales en esta internacionalización regulatoria y en particular del proceso de reformas regulatorias? Estas preguntas trataran de ser respondidas en el análisis en los capítulos siguientes, al menos en un aspecto concreto del el rol y eficacia de las disposiciones del AGCS en la política regulatorias de los PED.

En un reciente trabajo sobre la el Derecho Internacional y la crisis financiera, TRACHTMAN²²¹ recuerda el rol subsidiario que el Derecho Internacional debería tener normalmente en el derecho interno. Según el principio de subsidiaridad o de eficiencia, la aplicación del Derecho Internacional debe darse solamente donde sea apropiado o implique una mejora en el bienestar. La normativa a nivel internacional es necesaria entonces cuando los Estados no corren con todos los riesgos de sus acciones reguladoras, cuando los estados que actúan individualmente invertirían de otra manera en un interés público global, o cuando los Estados pueden regular más eficientemente trabajando juntos.

1. La incidencia de liberalización del comercio en la regulación

Existe una interrelación estrecha entre la regulación y la liberalización del comercio, por un lado, las políticas de reforma regulatoria orientada hacia una regulación de calidad, dan las condiciones para que a los países tomar mayores ventajas de la liberalización del comercio y de la apertura a los mercados internacionales; por otro lado, la liberalización del comercio y la inversión son un factor determinante en el éxito de una adecuada política regulatoria²²², aspectos que se detallan a continuación.

Para hablar de la incidencia la liberalización en la regulación, especialmente en una regulación de calidad, cabe prestar atención primero a la relación entre la globalización del mercado y la regulación doméstica. Se afirma que la globalización tiene un carácter dual y debe ser entendida no sólo como un fenómeno de mercado sino como una agenda de políticas²²³. La globalización como política ha orientado la implementación de políticas regulatorias, primero de desregulación y luego de reformas más amplias. Conduce a la liberalización comercial mediante la eliminación obstáculos al movimiento de bienes y servicios, lo que a su vez genera el crecimiento de la globalización como un fenómeno de mercado. Para obtener beneficios de las oportunidades económicas creadas por la globalización, se deben procurar políticas regulatorias que permitan una reforma hacia regulaciones nacionales más eficientes y de calidad, así como la disminución las regulaciones innecesarias. Otro aspecto relacionado con la globalización es la necesidad de crear

²²¹ Vid. TRACHTMAN, Joel P. The International Law of Financial Crisis: Spillovers, Subsidiarity, Fragmentation, and Cooperation, DRAFT, June 26, 2010, disponible <http://ssrn.com/abstract=1630523>.

²²² Vid. CZAGA, P., "Regulatory Reform and Market Openness: Understanding the links to enhance economic performance", *op. cit.*

²²³ Vid. BOUZAS, R. Y FRENCH, D., "Globalización y políticas nacionales: ¿cerrando el círculo?", *Revista de Desarrollo Económico*, vol. 45, no. 179, 2005, pp. 323-348, en pp 325-328.

regulaciones que tengan en cuenta la dimensión internacional además de la doméstica. Se debe procurar por ejemplo la creación de infraestructuras eficientes desde la perspectiva global (como en el transporte internacional)²²⁴.

En concreto, la liberalización puede contribuir a facilitar la reforma regulatoria y la creaciones de regulaciones domesticas de calidad, los acuerdos sobre liberalización del comercio, sean multilaterales regionales o bilaterales, promueven principios generales o elementos específicos de una regulación de calidad y ayudan a guiar el esfuerzo regulatorio individual de los países. Según FEKETEKUTY “La reforma regulatoria necesita ser vista como una parte importante del esfuerzo de la liberalización del comercio”²²⁵.

En efecto, la agenda del comercio internacional está cada vez más orientada a fortalecer los mercados, buscando la apertura internacional de los mismos. Las normas de comercio internacional y las negociaciones multilaterales son cada vez más profundas, y apuntan al ámbito interno, enfocándose en las medidas no arancelarias que puede ser discriminatorio o no. En general, se ha generado una reducción significativa de las barreras arancelarias y las regulaciones discriminatorias y mal diseñadas han surgido como barreras más importantes al comercio en muchos países y son entonces sujeto de las negociaciones de comercio. La llamada agenda de “integración profunda” abarca temas relacionados tradicionalmente con las políticas nacionales. Incluye entre otras el tratamiento a la inversión, los regímenes regulatorios nacionales que afectan a la competencia, los estándares o las políticas sectoriales o generales, incluyendo las fuentes de “fricción sistémica” derivadas de diferencias en las estructuras corporativas, industriales y políticas de los países²²⁶.

Se ha establecido en el marco del comercio internacional una variedad de herramientas para facilitar las reformas regulatorias y la calidad regulatoria, conformado por principios y normas vinculantes no vinculantes, medidas de asistencia técnica y medidas sobre la creación de capacidad. Entre los principales principios incluidos en el marco de la OMC y otros acuerdos comerciales que guían una regulación doméstica eficiente y política regulatoria orientada hacia el acceso el libre comercio están: los principios de no discriminación, la transparencia, evitar innecesarias restricciones al comercio, el uso de medidas internacionalmente armonizadas el uso de procedimientos más simples sobre valoración de la conformidad (reconocimiento y equivalencia de medidas regulatorias) y la aplicación de los principios de la competencia²²⁷. Estos principios varían

²²⁴ Vid. FEKETEKUTY, G., "A personal Interpretation of the debate an the task ahead", en OECD (ed.), *Regulatory reform in the global economy: Asian and Latin America perspectives*, Paris, OECD Publishing, 1998 - 141 1998, pp. 126-131, p. 127.

²²⁵ *Ibid.*, p. 127.

²²⁶ Vid. BOUZAS, R., *Después de Doha la agenda emergente del sistema de comercio internacional*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 327.

²²⁷ Estos principios serán desarrollados en el Capítulo Tercero al estudiar en concreto el AGCS y los principios y disposiciones vinculadas a la regulación nacional dentro del Acuerdo.

en cuanto a su cobertura y efectividad. Es necesario cumplir y fortalecer los principios de la OMC vinculados una mayor liberalización del comercio y de la inversión así como los principios vinculados con el comercio justo²²⁸ y las regulaciones no discriminatorias pero onerosas²²⁹.

La OMC fomenta en concreto algunos aspectos vinculados en concreto a la buena gobernanza regulatoria. En este sentido, varios acuerdos, dentro de ellos el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad (ADPIC), Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), Acuerdos de Valoración en Aduanas, presentan disposiciones que requieren la objetividad y transparencia en la creación de regulaciones nacionales y dan la oportunidad para las partes con intereses privado afectadas para comentar dichas regulaciones, requieren también una revisión independiente de las decisiones administrativas²³⁰. Estas disciplinas hacen referencia a los conocidos principios de debido proceso justicia procesal²³¹. Algunos de estos principio fueron ya reconocidos en 1947 cuando se incorporaron en el original acuerdo del GATT en el art. X obligaciones sobre transparencia. Estas obligaciones han sido

²²⁸ Los regímenes vinculados con la no discriminación son vistos como que protegen el “comercio justo”, mientras que los regímenes vinculados con el acceso al mercado están asociados con la liberalización “como tal”. Ver entre otros: VRANES, E., "The WTO and Regulatory Freedom: WTO Disciplines on Market Access, Non-Discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Services", *Journal of International Economic Law*, 2009, pp. 953-987, p. 4; WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", en ALEXANDER, K. Y ANDENAS, M. (eds.), *The World Trade Organization and trade in services*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 207-263, p. 210; KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit. p. 7 ss.

²²⁹ Se hace también referencia a las “disciplinas de regulación nacional” para referirse a las obligaciones que llaman a una revisión internacional de las regulaciones nacionales no discriminatorias pero con posible efecto restrictivo. En el sector de los servicios *vid.* OMC, Secretaria, “Artículo VI:4 del AGCS: Disciplinas en regulación nacional aplicable a todos los servicios, nota de la secretaria, Doc. S/C/W/96 de 1 de marzo de 1999; DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *International Economic Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2007. En los acuerdos de OTC y MSF. También existen disposiciones referida a la revisión internacional de medidas no discriminatorias, se hace también referencia en el párr. 6 del Doc. S/C/W/96 antes mencionado, al enfoque de “regulación doméstica”. *Vid.* También, TRACHTMAN, J. P., "Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation", MA Tufts University, Medford, 2002.

²³⁰ Para una referencia a las principales disposiciones vinculadas a la buena gobernanza regulatoria de estos acuerdos y en particular del AGCS *vid.*, ALA'I, P., "From the Periphery to the Center? The Evolving WTO Jurisprudence on Transparency and Good Governance", *Journal of International Economic Law*, vol. 11, no. 4, 2008, pp. 779-802; ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", *Texas International Law Journal*, vol. 42, 2007, pp. 371-423; DELIMATIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 1, 2007, pp. 13-50.

²³¹ Son principios de derecho administrativo nacional y como han sido incorporados a la esfera internacional sobre derecho administrativo. *Vid.* LANG, A. Y SCOTT, J., "The Hidden World of WTO Governance", *European Journal of International Law*, vol. 20, no. 3, 2009, pp. 575-614; ESTY, D. C., "Good Governance at the World Trade Organization: Building a Foundation of Administrative Law", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 3, 2007, pp. 509-527.

también incorporadas en el GATT de 1994 existiendo disposiciones paralelas en los art II y VI del GATS.

En palabras de FRIED, al menos cuatro principios relacionados con una regulación de calidad y buena gobernanza están ahora sujetos a las negociaciones de comercio internacional, incluso, ellos han sido tradicionalmente consideradas dentro de la jurisdicción domestica²³²:

1. Principios básicos de debido proceso y publicaciones previas de las leyes y reglamentaciones,
2. El derecho de los afectados de participar directamente en las decisiones regulatorias, como por ejemplo a comentar o participar en procesos de creación de las regulaciones,
3. La seguridad sobre una adecuada independencia administrativa y revisión judicial dentro del sistema nacional de regulaciones vinculadas con el comercio.
4. Objetividad básica, mediante normas de no discriminación y no arbitrariedad.

Estos principios que rigen el Sistema Multilateral del Comercio, son clave para crear regulaciones orientadas al comercio y la inversión y han sido también identificados y adoptados por los reguladores nacionales para asegurar la existencia de regulaciones que favorezcan el acceso el mercado²³³.

La OCDE y la OMC entre otras organizaciones, se han encargados de difundir e incentivar la aplicación de dichos principios en el ámbito nacional, los mismos que han sido incorporados con ciertas particularidades en los PD y en muchos PED. Cabe recordar que la incorporación al ámbito nacional de aspectos regulatorios incluidos en los acuerdos internacionales afrontan grandes retos, uno importante es el de no impedir la soberanía regulatoria y como asegurar a la vez las capacidades domesticas apropiadas para la reforma regulatoria.

La globalización ha afectado y afecta a las políticas nacionales y regulatorias de manera heterogenia, debido a múltiples factores, en muchos casos se adoptaron recomendaciones internacionales generales, en palabras de BOUZAS "dichas políticas fueron el resultado de un paquete de recomendaciones que asimilaban la integración a la economía internacional a una nueva política de desarrollo"²³⁴. La búsqueda una mayor integración comercial sin tomar en cuenta la variedad de políticas públicas y la heterogeneidad del efecto de la globalización causa también efectos no deseados en la efectividad de las políticas públicas y en el efecto positivo de la

²³² Vid. FRIED, J. T., "Keynote Speech: Trade, Regulations and Governance", en OECD (ed.), *Trade and Regulatory Reform, Insights from Country Experience, Industry, Services and Trade*, OECD, 2001, pp. 121-126, p. 122.

²³³ Ver lo explicado abajo sobre los principios sobre calidad regulatoria desde la perspectiva del acceso al Mercado identificados en el marco de la OECD.

²³⁴ Vid. BOUZAS, R. Y FRENCH, D., "Globalización y políticas nacionales:¿cerrando el círculo?", *op. cit.*, pp 325-328, p. 327.

globalización. Tal como lo postula RODRICK al explicar desde una perspectiva más amplia las posibles repercusiones negativas de una mayor implantación de las políticas de liberalización sin considerar todos los sectores involucrados²³⁵ así decir la soberanía nacional y el estado de bienestar.

2. La incidencia de la regulación en la liberalización del comercio

En sentido amplio la regulación y la calidad regulatoria afectan al proceso de globalización, se afirma que el proceso de globalización como fenómeno de mercado ha avanzado porque se han implementado una liberalización comercial mediante políticas de regulación que contribuyeron a la remoción de obstáculos al comercio de bienes, servicios. Además, se ha generado la situación que la regulación de un país influencia en las actividades económicas internacionales de otras debido al incremento del flujo global del comercio y la inversión.

Desde la perspectiva neoliberal la creación e implementación de regulaciones de calidad mediante un proceso de reforma reguladora con una orientación liberalizadora, pueden apoyar fomentando positivamente a la apertura del mercado²³⁶. En tanto que la apertura del mercado permite el comercio y la inversión fluyan sin restricción, conduciendo a la asignación de recursos más eficientes y permitiendo que los países beneficien de sus respectivas ventajas comparativas

Por otro lado, las regulaciones discriminatorias, regulaciones onerosas o innecesarias²³⁷, y la falta de transparencia en los procedimientos regulatorios pueden impedir el libre flujo de comercio e inversión y bloquear el acceso de empresas extranjeras.²³⁸. Esto se aplica tanto a los PD y a los PED, estos últimos por ejemplo, enfrentan a la burocracia para poder entrar en el mercado internacional. Necesitan también tener infraestructura y capacidad técnica para obtener las licencias, certificaciones, autorizaciones etc. Las regulaciones nacionales constituyen ahora el mayor impedimento para el acceso al mercado en bienes, mientras que otros sectores como el de servicios, la regulación han sido siempre los principales impedimentos para el acceso al mercado.

²³⁵ Vid. RODRICK, D., "How to Save Globalization from its Cheerleaders", Harvard University, Working Paper RWP07-038, September, 2007.

²³⁶ Vid. OECD Reviews of Regulatory Reform - Regulatory reform for recovery: lessons from implementation during crises, OECD, 2010, www.oecd.org/regreform, p. 18-19; RODERBURG, E., "Regulatory Issues and Trade Liberalisation", *Global Forum on Governance. Regulatory Issues and the Doha Development Agenda*, OECD, 25 March 2003, Geneva, 2003, p. 4.

²³⁷ Estas hacen referencia a regulaciones en origen neutrales pero que tienen efectos restrictivos, ya sea por su falta de claridad, dificultad en su cumplimiento, que se analizarán con detalle en el Capítulo Tercero.

²³⁸ Vid. OECD, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", *op. cit.*, p. 35.

Las regulaciones constituyen también, desde hace varios años, las bases de una nueva forma de proteccionismo, mientras que los aranceles de los bienes han disminuido²³⁹ El proteccionismo puede consistir en:-medidas en la frontera (los aranceles, contingentes u otros mecanismos que restringen comercio o hacen los productos importados más costosos) y medidas que los gobiernos pueden tomar detrás de sus fronteras y que tendrán efectos muy similares - como las normas técnicas, licencias, aprobación de, procedimientos de aduanas entre otras, incluyendo las varias formas de subsidios directos)

La política reguladora se convierte de esta forma en un instrumento de los gobiernos para la apertura del comercio internacional y el proceso de liberalización, ya sea mejorando las regulaciones existentes o creando nuevas regulaciones que ayudan a reducir barreras e incrementar por tanto el flujo de comercio e inversión. Dichas regulaciones han de ser eficientes y no discriminatorias²⁴⁰.

Esto también implica que la regulación debe revisarse periódicamente y / o sujetos a cláusulas de expiración para evitar cualquier uso contrario a la regulación de si nacional o contra los competidores extranjeros, alias de reglamentación de captura por grupos de interés. Habiendo dicho esto, los tipos clásicos de la regulación se deben considerar como último recurso.²⁴¹

Un enfoque de la “alternativa menos restrictiva” considera la regulación a través de la perspectiva pro-competitivista. Si es necesaria una intervención reguladora entonces, la primera alternativa sería una intervención basada en incentivos. Seguido por obligaciones de información u otras normas menos restrictivas de la interferencia antes de los modos clásicos de regulación se aplican²⁴². Se destacan ahora las diferencias entre regulaciones eficientes las regulaciones no discriminatoria, que sirve de bases para posteriores análisis de esta investigación, donde se verá la distinción de los principios usados para una mayor liberalización del comercio reflejados en el AGCS y se enfatizara.

Las regulaciones no discriminatorias aseguran el tratamiento y oportunidades iguales para todos los empresarios para entrar y competir en un determinado mercado. En tanto las regulaciones

²³⁹ Mientras que muchos países en el curso del desarrollo económico tuvieron en marcha políticas de sustitución de importación las que han conducido a la mala asignación de recursos, han cambiado a una política de desarrollo más orientada a la apertura del mercado, donde las ineficiencias se relacionaron con los aranceles altos han llegado a ser despejadas . (2007), *Implementing Regulatory Reform: Building the Case through Results: Proceedings of the Meeting of the Group on Regulatory Policy*, OECD Publishing, Paris, p. 19.

²⁴⁰ Ver el comentario sobre como las regulaciones no discriminatorias y eficientes son determinantes para en las políticas el acceso al mercado de CZAGA, P., "Regulatory Reform and Market Openness: Understanding the links to enhance economic performance", *op. cit.*, p. 6-7.

²⁴¹ Vid. DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 92-93.

²⁴² Vid. S. BREYER, *Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform*, Harvard Law Review, Vol. 92, No. 3 (January 1979), p. 586.

discriminatorios restringen el acceso al mercado sea directamente restringiendo la entrada de ciertas empresa o la práctica de ciertas actividades o indirectamente agregando barreras adicionales en determinadas empresas. Dichas regulaciones conllevan costos adicionales que crean una desventaja competitiva con otras empresas. Afecta negativamente el resultado económico y hace difícil los beneficios económicos de la actividad empresarial. Las regulaciones discriminatorias pueden ser adoptadas explícitamente con el propósito de crear barreras efectivas al comercio y pueden ser diseñadas conscientemente como una forma de proteger a los actores nacionales de las competencias internacionales.

Las regulaciones eficientes aseguran la extensión en que estas empresas pueden ganar u mantener el acceso a los diferentes mercados. La regulación eficiente comparte aspectos característicos como²⁴³:

Ser capaces de asegurar su principal objetivos de manera eficiente y al mismo tiempo imponer el mínimo de barreras en la actividad económica o el menor efecto negativos a la consecución de otros objetivos de política. En este sentido, desde la perspectiva del comercio. Un objetivo importante del desarrollo regulatorio de es crear regulaciones que alcancen sus objetivos regulatorios, mientras se minimizan las barreras al comercio y la inversión. Las regulaciones no deben ser más restrictivas de lo necesario.

Las regulaciones eficientes dan beneficios a los empresario sean extranjeros o nacionales crenado las condiciones para el fácil acceso a los nuevos mercados y ayudando a mantener los beneficiosos de actividades económicas, manteniendo los costos regulatorios bajos y dando una ambiente empresarial eficiente y seguro. Los procedimientos administrativos extensos o extensivos, la burocracia administrativa “red tape”, gaps en las regulaciones, regulaciones técnicas complejas y contradictorias que son difíciles de cumplir y fallos judiciales impredecibles, representan barreras en la actividad de cualquier actores económicos, sea extranjero o nacionales²⁴⁴. Las deficiencias de las regulatorias afectan no solamente al acceso al mercado si a la actuación de la economía como un todo. Las regulaciones ineficientes usualmente crean barreras al comercio de manera indirecta o no intencional.

La OCDE lanzó en 1997 un ejercicio horizontal de revisión sobre la reforma regulatoria, basado en que la noción de reforma regulatoria realiza una contribución clave al crecimiento y desarrollo, al perseguir los beneficios de la globalización.²⁴⁵ Se han realizado desde entonces varias

²⁴³ Vid. CZAGA, P., "Regulatory Reform and Market Openness: Understanding the links to enhance economic performance", *op. cit.*, p. 6.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 7.

²⁴⁵ Vid. Comunicación de los Ministros de 1997, OECD, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", *op. cit.*, p. 35, 36.

revisiones sobre las mejores prácticas y para mejorar la calidad de regulaciones, enfoques regulatorios tiene el efecto de reducir la restrictivitas del comercio²⁴⁶

En base a este estudio de los países de la OCDE ha identificado en 1997²⁴⁷ aquellos principios que guían una regulación doméstica de la calidad desde la perspectiva del acceso al mercado, principios que fueron luego ratificados en el 2005²⁴⁸. Los principios son siguientes: transparencia, no discriminación, evitar las restricciones innecesarias, armonización mediante el uso de normas técnicas internacionales, reconocimiento de la equivalencia de las medidas regulatoria de otros países y la aplicación de principios de competencia en las prácticas de regulación doméstica²⁴⁹.

Estos principios hacen referencia a los considerados por el sistema multilateral del comercio y mencionados al hablar de la incidencia de la liberalización del comercio en la regulación. Las regulaciones realizadas mediante la implementación de estos principios han permitido una mayor liberalización del comercio. Con la aplicación de dichos principios en las herramientas de políticas regulatoria se pueden crear reglamentaciones y procedimientos regulatorios que cumplan con los objetivos regulatorios de manera eficiente económicamente y que al mismo tiempo apoyen el acceso al mercado. Las herramientas regulatorias recomendadas por la OCDE para mejorar la calidad regulatoria y obtener los objetivos arriba señalados son por entre otras, la simplificación administrativa, los análisis de impacto regulatoria, la transparencia y comunicaciones, procedimientos de consulta y armonización internacional²⁵⁰.

Se verá mediante algunos ejemplos, como la puesta en práctica de estos principio afectan al comercio internacional. Las regulaciones no discriminatorias dan oportunidades para una mejor oportunidades de acceso entre servicios y productos semejantes. Las regulaciones de que evitan restricciones innecesarias, mediante normas técnicas basadas en el rendimiento (en vez de basarse

²⁴⁶ La OECD ha realizado la revisión de las prácticas regulatorias de sus países Miembros y otros países. Las revisiones se basa principalmente en tres pilares, nuevas prácticas regulatorias, mercados competitivos y apertura al mercado internacional Se valoran las practicas individuales en relación a las mejore prácticas y se sugieren acciones particulares de reforma. Los últimos informes han sido los de Australia, Estados Unidos y Holanda. *Vid.* OECD WORKING PARTY OF THE TRADE COMMITTEE, "Integrating Market Openness into regulatory process: Emerging Patterns in OECD Countries", *Trade and Policy Working Paper*, OECD, TD/TC/WP(2002)25/FINAL, Paris, 2003.

²⁴⁷ *Vid.* OECD, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", *op. cit.*, p. 35, 36.

²⁴⁸ *Vid.* OECD, "Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance", *op. cit.*; OECD, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", *op. cit.*, p. 35, 36.

²⁴⁹ *Vid.* OECD WORKING PARTY OF THE TRADE COMMITTEE, "Integrating Market Openness into regulatory process: Emerging Patterns in OECD Countries", *op. cit.*, p. 9-36; OECD, "Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance", *op. cit.*, p. 7; RODERBURG, E., "Regulatory Issues and Trade Liberalisation", *op. cit.* p. 4; CZAGA, P., "Regulatory Reform and Market Openness: Understanding the links to enhance economic performance", *op. cit.*, p. 8-14.

²⁵⁰ *Vid.* OECD, *Background document on regulatory reform in OECD countries*, *op. cit.*, p. 6.

en las características de su realización²⁵¹ y permite que puedan ser implementadas en distintos países. Los análisis de impacto regulatorio identifican y cuantifican los beneficios y casos derivados de la adopción de propuestas regulatorias, da información adicional para implantar una regulación eficiente que puede por ejemplo contribuir a la creación de un ambiente favorable a la inversión. La publicación de las regulaciones existentes y los proyectos de regulación, las consultas y comentarios previos sobre nuevas regulaciones son prácticas de transparencia que aseguran la legitimidad del proceso de toma de sesiones. El uso de medidas de armonización y procedimientos de conformidad pueden limitar los efectos adverso de las divergencias regulatorias²⁵².

III. LA REGULACIÓN NACIONAL COMO BARRERA AL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS

En la primera parte de este apartado se analizan los aspectos generales de la regulación doméstica en el sector de los servicios. A partir de allí se completa la delimitación y caracterización mediante el estudio de los principales instrumentos de regulación aplicados en el sector de servicios. Se hace una especial referencia a los llamados servicios públicos por sus especificidades de regulación y su importancia en la sociedad y su desarrollo integral. Este estudio sobre la regulación doméstica de los servicios se realiza a partir de los fundamentos específicos de la regulación en este sector en particular y en relación a sus implicaciones para el CI.

En la segunda parte, tomando en cuenta el enfoque general de la regulación, se analiza ésta desde la perspectiva más precisa del CIS, es decir como barreras al comercio que son en esencia barreras de carácter regulatorio. La regulación como barrera al CIS parece presentar un carácter específico en relación a los PED, por lo que se analizará también el alcance de las barreras al CIS en los PED. En concreto, se exploran primero algunas barreras al comercio de servicios en los marcos regulatorios de los PED, y luego se identifican algunas potenciales barreras que imponen los países importadores de servicios y que podrían afectar a las exportaciones de los PED en particular.

El conjunto de este análisis se realiza tomando en consideración las particularidades de la regulación del sector servicios y cómo inciden en las características y elementos del marco multilateral del comercio de servicios.

²⁵¹ Ver el apartado sobre instrumentos regulatorios de la regulación social, lo señalado respecto a normas de realización y normas de resultado.

²⁵² Para un análisis más detallado sobre la implementación de los principios regulatorios en instrumentos regulatorios y su efecto en la regulación del comercio ver entre otros CZAGA, P., "Regulatory Reform and Market Openness: Understanding the links to enhance economic performance", *op. cit.*, p. 9-14.

A. La regulación doméstica en el sector de servicios

El estudio de regulación doméstica de servicios en este apartado considera la perspectiva de la regulación económica, pero sin dejar de tomar en cuenta el sentido más amplio de regulación²⁵³. Se enfatiza en los fundamentos y características de la regulación vinculada con los servicios y los principales instrumentos regulatorios aplicados. La regulación de los servicios es necesaria en este sentido en dos aspectos, primero para el correcto funcionamiento del comercio del sector en un mercado de libre competencia, y segundo para el cumplimiento de objetivos más generales de política nacional. La regulación es necesaria en el sector de los servicios sin importar que el sector esté liberalizado o no al comercio internacional²⁵⁴.

La regulación puede modular el comportamiento del libre mercado y asegurar a la vez la competencia en el sector de los servicios. Estos aspectos son fundamentales para que los potenciales beneficios de la liberalización del CIS se realicen en los PED, ya que algunas veces la inadecuada liberalización del comercio de servicios puede causar importantes perjuicios. Algunos ejemplos de las consecuencias negativas de una inadecuada liberalización son:

- En el sector turístico cuando los proveedores extranjeros se orientan hacia los consumidores más solventes, generando una oferta limitada para los consumidores nacionales.
- En el sector de servicios de infraestructura o de construcción muchas veces los inversores tienen la posibilidad de retirar las inversiones del país de acogida en caso de una leve inestabilidad financiera nacional, lo que empeora dicha inestabilidad.
- En los servicios de distribución al por menor, la entrada al mercado de grandes superficies puede generar desventajas y dificultades para los proveedores de servicios nacionales.

²⁵³ En el primer apartado de este capítulo se realizó el estudio del significado de la regulación y en particular de la regulación económica. CITAR Ver el apartado ..del

²⁵⁴ Vid. CALI, M., ELLIS, K. Y WILLEM TE VELDE, D., "The Contribution of Services to Development and the Role of Trade Liberalisation and Regulation", *Working Paper 298*, Overseas Development Institute (ODI), 298, December 2008, London, 2008, pp. 1- 4, 142.

1. Los fundamentos de la regulación doméstica en el sector de servicios²⁵⁵

La liberalización de servicios frecuentemente requiere de una buena regulación, en tanto que se reconoce que los principales fundamentos particularmente para la regulación en el sector de servicios son económicos y sociales, y se afirma también que ésta debe ser diseñada e implementada en una manera transparente y eficiente²⁵⁶.

Como señala la doctrina en general, la regulación se fundamenta en la búsqueda de la eficiencia y la equidad²⁵⁷. El fundamento de la eficiencia está relacionado con el objetivo de solucionar los fallos del mercado, como en el caso de la regulación en el sector de las telecomunicaciones que busca evitar cobros excesivos para el uso de interconexiones de red, o cuando la regulación en forma de permisos o licencias para profesionales busca solucionar problemas de información deficiente. Las regulaciones que buscan la equidad son por ejemplo las que requieren que se presten servicios a un número mínimo de poblaciones necesitadas en el caso de inversiones en servicios de infraestructura; también es el caso de los mecanismos de precios como el establecimiento de los fondos de “acceso universal”.

El fundamento económico de la regulación derivado de la intención de remediar los fallos del mercado suele ser el más usado. Por la naturaleza inmaterial de los servicios, la regulación es especialmente necesaria para que el mercado funcione correctamente, ya que el sector de servicios se caracteriza por presentar varios de los fallos del mercado. También en el contexto del AGCS, la regulación del sector de los servicios es frecuentemente entendida como regulación económica, diseñada para superar los fallos del mercado²⁵⁸.

²⁵⁵ Ver entre otros, HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services trade liberalization and regulatory reform: re-invigorating international cooperation", *International Trade Department , Poverty Reduction and Economic Management Network; Trade and Integration Team, Development Research Group*, World Bank, Washington, 2011; MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Key Issues", *op. cit.*; MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank and Oxford University Press, 2003; MATTOO, A., STERN, R. Y ZANINI, G., (eds.), *A Handbook of international trade in services*. Oxford, Oxford University Press, 2008.

²⁵⁶ *Vid.* MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Key Issues", *op. cit.*, p. 2.

²⁵⁷ *Vid.* FRANCOIS, J. Y HOEKMAN, B., "Services Trade and Policy", University of Linz and CEPR, Working Paper No. 0903, March, 2009, pp. 10-11.

²⁵⁸ Este fundamento de la regulación de los servicios es frecuentemente usado por la Secretaria de la OMC, como fue el caso de responsables del grupo de negociaciones sobre reglamentación nacional para introducir el porqué de la existencia de disciplinas sobre “reglamentación nacional en el AGCS”. Ver por ejemplo las presentaciones de MARKUS JELITO, WRT/ESCAP Regional Services Seminar, 4-7 de mayo de 2010; PURI, L., "Services, Development and Trade: The Regulatory and Institutional Dimension" (paper presented at the Multi-Year Expert Meeting on Services, Development and Trade: The Regulatory and Institutional Dimension, Geneva, 17-19 March 2009).

Como afirma GAMBERALE²⁵⁹, el fundamento económico de la regulación de los servicios se relaciona con los fallos del mercado²⁶⁰, en particular está vinculado a tres tipos de problemas o fallos: monopolio natural u oligopolio, información asimétrica, y externalidades.

El **monopolio natural u oligopolio** solía ser considerada una característica de algunos servicios de infraestructura²⁶¹ o industrias de red, como las telecomunicaciones, servicios de energía como la distribución de electricidad, servicios ambientales relacionados con agua y saneamiento, el transporte por carreteras y férreo. Estos servicios requieren redes de distribución específicas y equipos especializados para la recepción y/o transmisión del servicio²⁶². Existen restricciones de acceso en estos sectores por consideraciones geográficas y políticas, como por ejemplo las limitaciones de espacio para las instalaciones de terminales terrestres o nuevas redes para servicios de telefonía. También se solía argumentar la necesidad de grandes inversiones iniciales para la instalación de tales infraestructuras y se defiende que puede ser económicamente ineficiente que las instalaciones clave sean proporcionadas por más de un proveedor de servicios. Cabe señalar que estas consideraciones son actualmente discutibles, ya que los avances tecnológicos permiten en muchos casos compartir redes de diversa índole.

Las regulaciones intentan impedir cargas indebidas para la interconexión y acceso a las redes, y son a la vez necesarias para prevenir el abuso de poder de los monopolios y facilitar la competencia en el mercado. Sin entrar en detalles, cabe mencionar que en el proceso de liberalización de los servicios se hace hincapié en la necesidad de insertar competencia en los servicios de infraestructura, introduciendo por ejemplo competencia en monopolios de transporte terrestre, dando la opción de dar concesiones sobre las vías férreas a competidores privados²⁶³. El reto es garantizar que todos los proveedores de servicios, nacionales y extranjeras, tengan acceso a los llamados “servicios esenciales” que siguen estando monopolísticamente controlados.

Para solucionar este fallo se plantea a nivel multilateral en el marco del AGCS establecer disciplinas claves. Tal como se hizo en el sector de telecomunicación mediante la creación de un Documento de Referencia, se propone por ejemplo generalizar estas disciplinas para asegurar el

²⁵⁹ Vid. GAMBERALE, C. Y MATTOO, A., "Domestic Regulations and Liberalization of Trade in Services", en HOEKMAN, B., MATTOO, A., et al. (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington, DC, World Bank, 2002pp. 290-292.

²⁶⁰ Los fallos del mercado como justificación para la regulación económica se han explicado con mayor detalle en el apartado I sobre Justificaciones basadas en intereses económicos, en este capítulo.

²⁶¹ Vid. UNCTAD Y WORLD BANK, "Liberalizing International Transactions in Services: A Handbook", UNCTAD/DTCI/7, Ginebra, New York, UNITED NATIONS, 1994

²⁶² Algunas redes de distribución necesarias son las carreteras y los carriles para el transporte terrestre, cables y satélites para comunicaciones, tuberías para los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento, y redes para la distribución de energía, equipos e instalaciones como por ejemplo estaciones de ferrocarril y terminales de autobús, puertos marítimos, aeropuertos, centrales telefónicas, etc.

²⁶³ Vid. GAMBERALE, C. Y MATTOO, A., "Domestic Regulations and Liberalization of Trade in Services", *op. cit.*, pp. 290-292.

acceso esencial a las infraestructuras esenciales (como vías de ferrocarriles, terminales, alcantarillados, tuberías para transporte de petróleo etc.). A nivel nacional se propone desarrollar regulaciones pro-competitivas para proteger los intereses de los consumidores donde las estructuras de mercado competitivo no existen²⁶⁴.

La **información asimétrica** se produce en una amplia gama de servicios de intermediación como los servicios financieros y servicios basados en el conocimiento como los servicios profesionales²⁶⁵, así como en los servicios de transporte. Es usual en estos servicios que el cliente no tenga la información necesaria para juzgar la calidad del servicio que se está prestando o los atributos de los proveedores de servicios. Para una adecuada información se requieren de demasiados recursos económicos y de otra índole, por lo que suelen usarse las regulaciones en forma de licencias o requisitos de titulaciones a fin de reducir la brecha de información y garantizar la calidad de los servicios prestados.

Se debe tomar en cuenta también que en el sector de los servicios, cuando existe información imperfecta o mercados incompletos, el reparto no siempre es eficiente. Entonces, casi siempre existen esquemas de intervención gubernamental que pueden inducir a resultados *Pareto superiores*²⁶⁶, beneficiando a todos. El estudio de STIGLITZ deja claro, con su aporte a la teoría de la asimetría de la información, que el rango "óptimo" de intervención gubernamental recomendable es mucho mayor que lo que la escuela neoliberal tradicional reconoce. Para STIGLITZ no existe la denominada "*mano invisible que conduce a la eficiencia del mercado como una fuerza oculta, sino que la actuación del gobierno es esencial y debe buscar un balance con el mercado*"²⁶⁷.

Para solucionar el problema de información asimétrica en el CIS, a nivel multilateral se hace hincapié en la aplicación del principio de no discriminación y en una generalización en la aplicación de la "prueba de necesidad" (en particular en el marco del art. VI del AGCS). Dicha prueba implica crear una presunción a favor de elegir las políticas que remedien el fallo del

²⁶⁴ Vid. GAMBERALE presenta mediante una figura las principales razones para la "reglamentación nacional" y las diferentes formas de regulación en los diferentes sectores de servicios tanto desde un enfoque multilateral como nacional. *Ibid.*, p. 297; MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Looking Ahead", en MATTOO, A. Y SAUVE, P. (eds.), *Domestic Regulation and Services Trade Liberalization*, Oxford University Press and World Bank 2003, pp. 221-230, p.223

²⁶⁵ Vid. UNCTAD Y WORLD BANK, "Liberalizing International Transactions in Services: A Handbook", *op. cit.*

²⁶⁶ La eficiencia de Pareto es un concepto de la economía que busca la distribución óptima de bienes o recursos entre individuos o actores, sin que se empeore la situación de ningún actor.

²⁶⁷ Para una versión revisada del discurso pronunciado por JOSEPH E. STIGLITZ en Estocolmo, el 8 de diciembre de 2001, cuando recibió, junto con G. Akerlof y M. Spence, el Premio Nobel de Economía, *vid.* STIGLITZ, J. E., "La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica", *Revista asturiana de economía - rae*, vol. 25, 2002, pp. 95-164; GREENWALD, B. Y STIGLITZ, J. E., "Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets", *op. cit.*

mercado que sean económicamente más eficientes y políticas que a su vez busquen conseguir objetivos no económicos²⁶⁸.

A nivel nacional se enfatiza en fortalecer la regulación doméstica para remediar los fallos de mercado de una manera económicamente eficiente. De esta forma el problema de la asimetría de la información ha servido para justificar la adopción de reglamentaciones de conducta, que incluyen la fijación de honorarios o la adopción de controles de precios (fijos o recomendados), las restricciones a la publicidad, el seguro de responsabilidad civil, y la exigencia de formas jurídicas específicas para las empresas²⁶⁹. Por ejemplo, a nivel de la UE en la directiva de servicios Bolkestein se ha establecido un control de fijación de precios y prohibiciones publicitarias²⁷⁰.

Las externalidades como se ha señalado son los efectos indirectos de las actividades de producción o consumo que se dan sobre agentes externos, pueden ser positivas o negativas. Se generan problemas cuando los precios del mercado no capturan plenamente los costos y beneficios de las transacciones asociadas. En el sector de los servicios un ejemplo típico son las externalidades negativas para el medio ambiente, generadas por los proveedores de servicios de transporte o servicios turísticos²⁷¹.

La regulación tiene un rol importante, por ejemplo en los servicios financieros se establecen regulaciones prudenciales a fin de garantizar la estabilidad. En el caso del transporte aéreo de pasajeros se establecen regulaciones relacionadas con la seguridad²⁷². Así, la regulación busca proteger a los consumidores del fraude, asegurar la información sobre la disponibilidad de los servicios, minimizar la interrupción del suministro como en el sector de la electricidad, prevenir la degradación ambiental que puede por ejemplo devenir de altos niveles de desarrollo turístico, y

²⁶⁸ Vid. GAMBERALE, C. Y MATTOO, A., "Domestic Regulations and Liberalization of Trade in Services", *op. cit.*, p. 297; MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Looking Ahead", *op. cit.*, p. 223.

²⁶⁹ En la literatura sobre reglamentación de servicios profesionales se suele distinguir entre dos tipos de regulación: la reglamentación del acceso, que define principalmente los obstáculos para ejercer la profesión (por ejemplo, prescripciones en materia de títulos de aptitud y trámite de licencias, los límites al número de proveedores de servicios profesionales, y la concesión de derechos exclusivos a los proveedores en ciertas áreas), y la reglamentación de la conducta, que incluye restricciones en cuanto a los precios y tarifas, la publicidad, y las formas de negocio, los honorarios, cooperación interprofesional, horarios de apertura y de cierre. Ver entre otros CONWAY, P. Y NICOLETTI, G., "Product Market Regulation in the Non-Manufacturing Sectors of OECD Countries", OECD Economics Department Working Papers, Working Paper 530, 2006; PATERSON, I., FINK, M. Y OGUS, A., "Economic Impact of Regulation in the Field of Liberal Professions in Different Member States", *Informe encargado por la Comisión Europea - Dirección General de la Competencia*, Instituto de Estudios Avanzados, Viena, 2003.

²⁷⁰ Vid. UNIÓN EUROPEA, *Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior*, Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de diciembre 2006.

²⁷¹ Vid. GAMBERALE, C. Y MATTOO, A., "Domestic Regulations and Liberalization of Trade in Services", *op. cit.*

²⁷² Vid. DEE, P. Y FINDLAY, C., "Services: A 'Deal-maker' in the Doha Round?", en BLONIGEN, B. A. (ed.), *Monitoring International Trade Policy: A New Agenda for Reviving the Doha Round*, London, Center for Economic Policy Research, 2007, pp. 57-77.

también asegurar el adecuado acceso a servicios públicos como la salud, educación, o agua y alcantarillado.

Siguiendo con el fundamento de la regulación de servicios, existen otros sustentos además de la búsqueda de la eficiencia o corrección de los fallos de mercado. En este sentido la UNCTAD señala que los principales objetivos de la regulación son “*correcting market failures; creating stable and competitive market environments; achieving other key domestic policy objectives (e.g. protecting consumers, domestic supply capacity, environment and Universal Access to essential services)*”²⁷³.

Los fundamentos no económicos como la justicia social o valores éticos para la regulación, así como una buena administración, generan regulaciones de índole sociales o administrativas, que buscan regular y crear una política regulatoria integral. Estos criterios se expresan claramente en regulaciones de sectores tales como transporte, telecomunicación, servicios financieros, educación, salud, que deben idear los medios económicamente eficaces para alcanzar los objetivos sociales. La regulación de servicios busca así obtener objetivos de equidad como el acceso a los servicios básicos en ciertas áreas o comunidades más vulnerables. También se dan regulaciones para garantizar los servicios prestados directamente por los gobiernos. Por tanto existen instrumentos regulatorios en el sector de servicios que tienen como fin conseguir esta regulación social o de equidad²⁷⁴.

2. Instrumentos de regulación en el sector de servicios

El estudio de los principales instrumentos usados en la regulación de los servicios que se realiza adelante considera los principales tipos de regulación²⁷⁵ y tiene por objetivo identificar los retos de la gobernanza regulatoria a nivel nacional e internacional. En particular su conocimiento es relevante para introducir los específicos instrumentos regulatorios de los que se ocuparán las futuras disciplinas sobre reglamentación nacional del art. IV del AGCS, necesarias para promover una mejor regulación de los servicios, y que constituyen a la vez un apoyo para la adecuada liberalización del CIS.

La elección del instrumento de regulación es una de las preguntas claves en la política regulatoria, en la que se suelen usar regulaciones de fundamento económico, social, burocrático y/o

²⁷³ Vid. UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DE COMERCIO Y DESARROLLO, "Servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional, Nota de la secretaria", *Reunión multianual de expertos sobre servicios, del 17 a 19 de marzo de 2009*, TD/B/C.I/MEM.3/2, Ginebra, 2009.

²⁷⁴ Vid. KENNY, C. Y KEREMANE, R., "Towards universal telephone access: Market progress and progress beyond the market", *Telecommunications Policy*, vol. 31, no. 3, 2007, pp. 155-163

²⁷⁵ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit., pp. 21-34; Hahn, R. W *Reviving Regulatory Reform: A Global Perspective*, 2000, p. 7.

una combinación de ellas. En la práctica, la distinción entre estas estrategias de regulación no es simple y las autoridades regulatorias buscan la particular combinación de estrategias de regulación que se adapten mejor al cumplimiento de sus objetivos²⁷⁶.

a. Los controles de entrada en los servicios

Se manifiestan mediante el establecimiento de reglas para la administración de las actividades de servicios, incluido el establecimiento legal, la financiación, la gobernanza y la dirección de las empresas, concesiones, licencias y permisos.

Los controles de entrada en servicios pueden ser de carácter cualitativo o cuantitativo. Los controles de entrada de carácter cualitativo o autorizaciones previas se refieren especialmente a los requisitos o cualificaciones que deben cumplir las empresas o particulares, vinculados con la prestación de actividades profesionales. Deben demostrar condiciones de calidad para ejercer o prestar las actividades profesionales, lo que puede suponer costos elevados. “En los servicios de ingeniería por ejemplo, como en la mayoría de los servicios profesionales, la asimetría de la información entre proveedores y consumidores de servicios ha dado lugar a medidas reguladoras de carácter cualitativo. Se han adoptado normas de calidad que suponen prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y trámites de licencias. Entre las prescripciones sobre la experiencia y preparación para obtener la licencia, se requiere en varios países el título universitario u otro diploma de educación superior, formación práctica, y aprobación de un examen profesional”²⁷⁷.

En el sector de la construcción, contratistas y propietarios deben cumplir con varios requisitos y procedimientos técnicos para las autorizaciones de funcionamiento o requisitos de precalificación, tales como el contar con una experiencia de trabajo en el país. También suelen establecerse restricciones en el uso o propiedad de tierras y bienes inmuebles, que suelen tener influencia directa en la prestación de servicios de construcción. Por ejemplo, algunos promotores inmobiliarios están impedidos de adquirir la propiedad inmobiliaria en construcción hasta la terminación del proyecto²⁷⁸.

Los controles de entrada cuantitativos o licencias, que se dan especialmente en sectores como las telecomunicaciones, limitan la realización de una actividad con un fundamento de interés público. En los servicios de telefonía, por ejemplo, se decide que haya cierto número de operadores

²⁷⁶ Vid. DELIMATSI, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, op. cit., p. 92.

²⁷⁷ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Servicios de Ingeniería*, Nota documental de la Secretaría, Doc. S/C/W/3334, 22 de febrero de 2011, p. 9.

²⁷⁸ Vid. GELOSO GROSS, M., JANKOWSKA, A. Y GONZALES, F., "Trade and regulation: The case of construction services", *OECD Experts Meeting on Construction Services*, OECD Trade and Agriculture Directorate, OECD, Paris, 11 December, 2008, p. 13.

para evitar monopolios. En los sectores relacionados con los medios de información, las regulaciones relacionadas con las licencias para radio o televisión que se relacionan con el espectro electromagnético (espacio en el que puede entrar cierto número de frecuencias), establecen la viabilidad técnica necesaria. También existen controles de entrada cuantitativos en los servicios profesionales, como el límite en el número de dentistas permitidos por habitantes, en servicios de salud el número de hospitales o farmacias permitidos en un área geográfica, etc.

También suele ser común en los servicios la aplicación de la “prueba de necesidad económica” (PNE) como una forma de control de entrada, la cual consiste en que el regulador determina la necesidad de un nuevo proveedor o de buscar uno alternativo, ya sea por consideraciones del mercado o consideraciones de interés público. Esta prueba se caracteriza por no establecer el número fijo de proveedores.

La PNE en servicios se caracteriza por ser una regulación doméstica, ya sea bajo la forma de legislación o directriz administrativa, que impone una prueba con el efecto de restringir la entrada de los proveedores de servicios. Dicha prueba se basa en una evaluación de las "necesidades" del mercado interno. Tales regulaciones pueden operar restringiendo el acceso de proveedores nacionales y de extranjeros a un mercado o estar basadas en el nivel de suministro existente²⁷⁹.

Las formas de PNE así como sus objetivos son variados, varían según el contexto nacional y el sector. Algunos ejemplos de PNE son la protección de la fuerza de trabajo local en ciertos sectores, el estímulo para la realización de ciertas actividades de trabajo para extranjeros para fortalecer ciertas áreas, o evitar posibles desequilibrios sociales y demográficos. Estos ejemplos se relacionan con el sector de servicios profesionales, en particular con el movimiento de las personas físicas. Otro modo de prestación de servicios en el que son usuales las PNE es en el suministro a través de una presencia comercial, en este caso el fundamento suele ser la obtención de objetivos específicos en los diferentes sectores, lo que lleva a la política pública a favorecer a los proveedores nacionales. Como señala la OECD “*objectives related to the nature of the sector are behind the application of measures such as ENTs, designed to "safeguard" the particular sector in favour of domestic suppliers*”²⁸⁰.

En el sector turismo, por ejemplo, las características de contar con una naturaleza particular o patrimonio cultural, lleva a crear una limitación en la participación de proveedores extranjeros. En el sector de la educación, el interés de política pública relacionado con brindar un servicio de calidad lleva a la consideración de que el proveedor nacional estará más familiarizado con la cultura e idiosincrasia local y por ende brindará un mejor servicio que el extranjero.

²⁷⁹ Vid. OECD, WORKING PARTY OF THE TRADE COMMITTEE, *Assessing barriers to trade in services. The Scheduling of Economic Needs Tests in the GATS: An Overview*, Doc. TD/TC/WP(2000)11/FINAL, 10 de noviembre 2000, p. 4.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 4.

A fin de identificar algunas de las PNE frecuentemente utilizadas en los distintos sectores de los servicios, se considerará la consignación que han realizado los Miembros de la OMC en sus listas de compromisos en sectores concretos²⁸¹. El sector en el que se han consignado más PNE en los listados del AGCS es el de los servicios prestados a las empresas, dentro de éste las PNE dirigidas a los servicios profesionales son las más destacadas y en particular los servicios médicos y dentales. También se han consignado varias PNE en el sector de los "servicios sociales y de salud", en este caso los criterios más usados han sido la densidad demográfica y la distribución geográfica de los proveedores de dichos servicios. Otro sector en que se han consignado varias PNE es el de los servicios financieros, que abarca los servicios de seguros y relacionados y los servicios bancarios y otros servicios financieros. En el sector de los seguros por ejemplo se permite la contratación de coberturas a proveedores extranjeros solamente cuando no se pueda obtener dicha cobertura con un proveedor nacional (limitación en el modo 2). En los servicios financieros, las PNE consignadas están relacionadas sobre todo con el modo 3, el relación al establecimiento de sucursales y filiales en el mercado y la expansión de las actividades en proveedores ya establecidos. Los criterios usados hacen referencia al "interés público" o el "beneficio público", sin embargo son muy generales y hacen referencia por ejemplo a "si condiciones actuales o futuras del mercado asegurador garantizan el buen funcionamiento de la sociedad proyectada"²⁸².

En los servicios de transporte las PNE consignadas se refieren sobre todo al transporte por carretera. Por ejemplo, varios Miembros han señalado el establecimiento de una PNE como prerequisite para el establecimiento de presencia comercial en el transporte de pasajeros y de carga. Entre los criterios enumerados figuran que haya niveles o condiciones suficientes en las condiciones de mercado, número de proveedores por zona geográfica, la existencia de transportes públicos en el recorrido, protección a las inversiones que atienden zonas o rutas de desarrollo, que se genere continuidad y calidad del servicio, etc.

En el caso de los servicios de telecomunicaciones, si bien no se han consignado como compromisos adicionales, se hace referencia en 3 casos y sin especificar los criterios de aplicación. En los servicios de turismo, las PNE hacen referencia al modo 3 y al modo cuatro, especialmente orientado a las empresas de construcción, hoteleras y agencias de viajes; se han considerado entre otros los criterios de población, las características del vecindario, el interés turístico o el número de centros turísticos existentes, etc. En los servicios de distribución, las PNE se refieren a los servicios comerciales al por menor, principalmente se relacionan con el establecimiento de grandes

²⁸¹ Esta revisión ha tomado en cuenta el documento OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Las Pruebas de Necesidades Económicas*, Serie de Reuniones extraordinarias, Nota de la Secretaría, Doc. S/CSS/W/118, 30 de noviembre 2001, p. 5-6.

²⁸² Ver la consignación de México, Brasil en la lista de ofertas de compromisos.

almacenes y algunos de los criterios usados son el número de grandes almacenes ya existentes y el efecto sobre ellos, la población y la distribución geográfica, etc.²⁸³

En el ámbito del AGCS algunas de las medidas nacionales que los Miembros han listado en sus compromisos específicos están relacionadas con la PNE, estas limitaciones sin embargo presentan inconsistencia, falta de transparencia, ambigüedad en sus objetivos y efectos. Muchas de las PNE consignadas no señalan los criterios en los que se basa la PNE²⁸⁴.

Varios organismos internacionales así como algunos Miembros de la OMC han señalado que debido sobre todo a la falta de precisión de una definición de PNE en el AGCS se pueden generar efectos más o menos restrictivos al comercio de servicios, dependiendo de cómo cada Miembro aplique dichas medidas²⁸⁵. La clarificación del significado del PNE en el ámbito del AGCS se ha de hacer considerando el contexto del art. XVI sobre acceso al mercado que dispone el tipo de medidas que no debe adoptar los Miembros, en los sectores en los que hayan contraído compromisos. Los Miembros pueden aplicar cualquier medida, incluidas las PNE, siempre que los “especifique en la lista”.

Además, según los requisitos establecidos en las Directrices para la consignación de las listas de compromisos, señala que las listas deben tener la precisión suficiente para que sea posible su comprobación. Además, las directrices señalan que debe hacerse una descripción breve de la medida indicando los elementos en los que resulta incompatible con el art. XVI²⁸⁶. Cabe señalar que las PNE de conformidad con el AGCS son de tipo cuantitativo en los cuatro modos señalados en los apartados (a) al (d) del art. XVI y que no se refiere a la calidad del servicio suministrado ni a la capacidad del proveedor de suministrar el servicio²⁸⁷. No son entonces normas técnicas ni

²⁸³ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Las Pruebas de Necesidades Económicas*, Doc. S/CSS/W/118, 2001, *cit.*, p. 4, párr. 12-21.

²⁸⁴ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Un ejemplo de prueba de necesidades Económicas*, Serie de Reuniones extraordinarias, comunicación de la Republica de Corea, Doc. S/CSS/W/49, TN/S/W/56, 28 de noviembre 2005, p. 4, párr. 2; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Las Pruebas de Necesidades Económicas*, Doc. S/CSS/W/118, 2001, *cit.*, p. 4, párr. 12; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Las Pruebas de Necesidades Económicas*, Serie de Reuniones extraordinarias, Nota de la Secretaría, Addendum, Doc. S/CSS/W/118/Add.1, 16 de abril 2010, párr. 3. Este último documento contiene la actualización de las PNE consignadas por Miembros que se adhirieron a la OMC después del 30 de noviembre del 2001. Señala que solo en dos de las nuevas anotaciones sobre PNE se ofrece alguna indicación sobre los criterios en los que se basa la prueba.

²⁸⁵ Vid. UNCTAD, *Listas de pruebas de necesidades económicas en las listas de compromisos específicos del AGCS*, Doc. UNCTAD/ITCD/TSB/8, 6 de septiembre 1999, párr. 1; OECD, WORKING PARTY OF THE TRADE COMMITTEE, *Assessing barriers to trade in services. The Scheduling of Economic Needs Tests in the GATS: An Overview*, Doc. TD/TC/WP(2000)11/FINAL, 2000, *cit.*, párr. 4 y 8.

²⁸⁶ Vid. OMC, *Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios*, Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios, en su serie de reuniones extraordinarias, el 28 de marzo de 2001, Doc. S/L/93, 29 de marzo 2001, párr. 9.

²⁸⁷ Vid. OMC, *Directrices para la consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS)*, Adoptadas por el Consejo del Comercio, Doc. S/L/92, 28 de marzo 2001, párr. 8.

requisitos sobre la aptitud del proveedor o prescripciones en áreas de licencias. Por lo que se diferencia de las prescripciones a las que hace referencia el art. VI sobre Reglamentación Nacional.

b. Normas técnicas o normas de conducta obligatorias

Estas regulaciones en el sector de servicios se refieren a los requisitos que deben cumplir los servicios o proveedores de servicios para realizar una actividad, y se trata generalmente de un control posterior a la actividad.

Son usuales las normas técnicas en el sector turismo sobre salud y medioambiente, en sector de la construcción, así como normas técnicas relacionadas con la preservación del medio ambiente²⁸⁸. Como se ha visto, pueden ser *normas de objetivo*, que se refieren a la calidad y eficiencia de la prestación del servicio, pero se permite a los proveedores escoger la forma de cumplir con dichos requisitos. En este sentido se orientan las “normas sobre acceso universal a los servicios”, como en los servicios de telecomunicaciones, servicios básicos como agua y energía. También pueden ser *normas de especificación (input control)*: Se refieren al proceso de la prestación de los servicios como los relacionados con las normas de tráfico de carreteras²⁸⁹.

Las normas técnicas “*are developed to respond to evolving social legal and economic environments and to guarantee a consistent level of quality in the services at issue in a given market*”²⁹⁰. La OMC confirma que las normas técnicas son muy variables entre los países e incluso a nivel sub-estatal, tomando esto en consideración la doctrina ha señalado que “*any attempt that aims at the mutual recognition of services or identification of corresponding or like services can be a difficult task not only for regulators but also for adjudicating bodies*”.

Las normas técnicas en el área del CIS se aplican a las características técnicas del servicio en sí mismo y en las reglas de acuerdo a las cuales el servicio debe ser prestado. En el AGCS no se hace ninguna definición de lo que son las normas técnicas, pero se sugiere que se aplican las normas sobre servicios tanto a los métodos de "producción" como al "proceso"²⁹¹. En este sentido, en un documento de antecedentes de la Secretaría de la OMC del 1996, en el marco del Grupo de Trabajo de los Servicios Profesionales, se ha distinguido a las normas técnicas dentro de las diversas categorías y sub-categorías de medidas abarcadas por el párrafo 4 del art. VI, señalando que “son prescripciones que pueden ser aplicables tanto a *las características técnicas o a la*

²⁸⁸ Vid. BUTKEVICIENE, J. M., "Managing Request-Offer Negotiations Under GATS: The Case of Construction and Related Engineering Services", UNCTAD, Geneva, 2005.

²⁸⁹ Ver para la definición general y clasificación de normas técnicas el Capítulo Primero.

²⁹⁰ Vid. DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, op. cit., p. 199.

²⁹¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Iniciativas internacionales en materia de reglamentación en la esfera de los servicios*, Nota documental de la Secretaría, Doc. S/C/W/97, 1 de marzo 1999, p. 15. Se hace una recapitulación de las notas documentales de la Secretaría de la OMC relacionada con iniciativas internacionales relativas a normas técnicas.

*definición del propio servicio como a la forma en que debe realizarse un servicio*²⁹². Esta distinción es semejante a la que se hace en el Acuerdo de OTC entre normas técnicas relacionadas con los productos y normas técnicas relacionadas con el proceso y métodos de producción²⁹³.

Una norma técnica sobre las características de los servicios puede referirse por ejemplo al contenido de una auditoría, o la especificación de los métodos de presentación de los informes financieros. Son estipulaciones asimilables a una definición del servicio. Una norma técnica sobre la forma conforme a la cual debe realizarse el servicio, es el caso de las normas éticas o de conducta que ha de observar un profesional particular como un auditor, el tipo de comprobaciones que debe realizar el auditor, la forma en que debe documentarse el trabajo, etc.

Como se verá al revisar la definición de normas técnicas en el marco del art. VI del AGCS, el Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Nacional (GTRN) está negociando para encontrar el significado a ser utilizado en las futuras disciplinas, tomando como base el concepto desarrollado en el Grupo de Trabajo de los Servicios Profesionales.

Si bien el objetivo legítimo de las normas técnicas es reconocido en los acuerdos de la OMC como el TBT y el AGCS, también se reconoce su potencial como impedimento al CIS, lo que debe ser debatido en las negociaciones multilaterales de servicios. En el marco de las negociaciones se ha señalado que las normas técnicas pueden constituir obstáculos al comercio. Los Miembros hicieron referencia al problema de la existencia de normas técnicas no transparentes y no establecidas previamente; la existencia de múltiples y diversos conjuntos de normas en los diversos niveles administrativos; la falta de normas internacionales; la existencia de normas nacionales gravosas no basadas en normas internacionales; la existencia de procedimientos gravosos de evaluación de la conformidad; y la falta de reconocimiento de normas equivalentes. Se ha subrayado también que, teniendo en cuenta que las organizaciones de servicios profesionales a menudo ejercen funciones de normalización, las normas voluntarias desarrolladas por organismos no gubernamentales pueden constituir importantes obstáculos al comercio²⁹⁴.

De esta forma, uno de los retos de las negociaciones de servicios es que las normas técnicas no se convierta en barreras al CIS, como afirma DELIMATSIS, “*ensuring that the preparation and*

²⁹² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, *Pertinencia de las disciplinas de los acuerdos sobre obstáculos técnicos al comercio y sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación a los efectos del párrafo 4 del Artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPPS/W/9, 11 de septiembre 1996, p. 3.

²⁹³ En el capítulo siguiente al desarrollar el contenido del art. VI del AGCS se explicará con mayor detalle la relación de los Acuerdos sobre los OTC y las MSF con las disposiciones sobre buena reglamentación del art. VI del AGCS, en particular sobre la incidencia en la aplicación de normas técnicas de servicios.

²⁹⁴ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Situación de las negociaciones sobre las disciplinas en materia de reglamentación de conformidad con el párrafo 4 de artículo VI del AGCS*, Nota del Presidente, Doc. JOB(06)/37, 3 de marzo 2006, párr. 25.

*application of such standards do not unnecessarily restrict trade in services while fulfilling their legitimate goals becomes an objective of negotiations on services*²⁹⁵.

c. Obligaciones de información

Estos instrumentos en el sector de los servicios tienen como objetivo que los consumidores o suministrados de los servicios sean capaces de elegir adecuadamente y tomar una decisión informada. El consumidor debe conocer los posibles costos y beneficios de la decisión. Se refieren por ejemplo a las certificaciones y etiquetados que dan informaciones relacionadas con el precio, cantidad, calidad, identidad y seguridad de los servicios. Estas regulaciones suelen estar vinculadas con la publicidad de los servicios. Para explicar el sentido de la obligación de dar información en el sector de los servicios, el sector de los servicios financieros es un buen caso²⁹⁶, ya que “*disclosure information*” es clave para que el consumidor decida qué proveedor y qué características del servicio financiero escogerá.

d. El derecho de la competencia, la propiedad pública y el control de precios

Los mecanismos de regulación de servicios que intervienen más directamente en las direcciones económicas del mercado son las relacionadas con el derecho de la competencia, la propiedad pública y el control de precios.

El derecho de la competencia en el caso de los servicios es entendida de manera similar a las normas técnicas de servicios, ya que prescriben comportamientos que no deben hacer los actores económicos, con el objeto de establecer ambientes competitivos y prohibir restricciones de mercado. Como por ejemplo, las normas que prohíben la creación de los cárteles, el abuso de posición dominante y de poder adquisitivo, y los intentos de establecer monopolios en el sector de turismo. Un informe de la OCDE señala que las prácticas anticompetitivas que existen en este sector y en los sectores conexos pueden constituir una traba importante al desarrollo del turismo. Por ejemplo, en algunos casos se ha acusado a las grandes aerolíneas de abusar de su poder de mercado en detrimento de los proveedores locales²⁹⁷. Otro ejemplo son las regulaciones que promueven la competencia en el sector de las comunicaciones, que están implementadas en

²⁹⁵ Vid. DELIMATSI, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 200.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 92.

²⁹⁷ Vid. OECD, WORKING PARTY OF THE TRADE COMMITTEE, *Services Trade Liberalization and Tourism Development*, Trade Policy Working Paper N° 57, by MASSIMO GELOSO GROSSO, MOLLY LESHAR AND ENRICO PINALI, Doc. TD/TC/WP(2006)37/FINAL, 12 November 2007, pp. 25-27; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Servicios de Turismo, Nota documental de la Secretaría*, Doc. S/C/W/298, 8 de junio de 2009, p. 14.

diferentes grados en los países de la OCDE, que incluyen normas sobre el precio del acceso a las redes o de las asignaciones de las redes²⁹⁸.

El instrumento de la propiedad pública está relacionada con la creación de los monopolios públicos, en el sector de los servicios se materializa en los servicios de infraestructura y servicios públicos, tales como los servicios de energía (gas, electricidad, agua, servicios postales, telecomunicaciones). Por ejemplo en el sector de la electricidad se continúan teniendo altos niveles de propiedad pública e integración vertical, en países tales como Suiza, Canadá y Francia²⁹⁹. La justificación económica del uso de esta regulación en los servicios se basa sobre todo en la existencia de los monopolios naturales y en la adecuada provisión de los servicios públicos. En particular, en el caso de los servicios básicos, la justificación está en la obtención de distribución y acceso adecuado a los servicios, además del hecho de que las políticas de subsidios cruzados o servicios universales se pueden adoptar con mayor facilidad dentro del marco de la propiedad pública³⁰⁰.

El control de precios basado en determinar una cantidad justa o el costo de un servicio es por ejemplo el control de las rentas por alquiler como el que existía en el caso de España para los arrendamientos realizados con la Ley de Arrendamientos Urbanos³⁰¹, las tarifas fijas establecidas para los servicios de taxis o de servicios legales. El control de precios que determina el precio en base a una cantidad justa de pago en el costo eran y aún son instrumentos de regulación clave en los sectores de servicios de energía como la electricidad y el gas, y en sectores como las telecomunicaciones, este ha sido el caso en varios países de la UE y EEUU³⁰².

Otro tipo de control de precios que conlleva un límite en el incremento de los precios, ya sea dejando niveles fijos o permitiendo incrementos periódicos de los precios etc.

3. Regulación de los servicios públicos

El término “servicios públicos” suele ser usado de manera general, en el contexto político y legal, como aquellos servicios que tienen un especial interés y consideración “pública” y son por ende prestados por una entidad pública o están bajo el control del Estado. Desde la perspectiva de

²⁹⁸ Vid. HØJ, J., JIMENEZ, M. Y MAHER, M., "Product Market Competition in OECD Countries: A Synthesis", OECD Economics Department Working Papers, 2006.

²⁹⁹ Vid. CONWAY, P. Y NICOLETTI, G., "Product Market Regulation in the Non-Manufacturing Sectors of OECD Countries", *op. cit.*, p. 19.

³⁰⁰ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 33.

³⁰¹ Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. La actualización de la renta estaba muy limitada con topes y plazos de tiempo muy extensos.

³⁰² Vid. GRAHAM, C., *Regulating Public Utilities: A constitutional Approach*, Oxford, Hart, 2000, pp. 151-158; BREYER, S. Y STEWART, R., (eds.), *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*, 3rd ed. Boston, Little, Brown and Company, 1992, pp. 5-11.

la doctrina administrativista son entendidos como la actividad interventora del Estado de cara a la protección del interés general en materia de servicios³⁰³.

Desde la aparición del Estado moderno existen diversas interpretaciones de lo que debe entenderse por servicio público, incluso algunos autores propugnan la supresión del concepto por considerarlo un término innecesario e incluso inexistente³⁰⁴. Sin embargo, la prestación de los servicios públicos está ligada a la satisfacción de necesidades básicas como salud, seguridad, educación. En este sentido, se relaciona también con los derechos fundamentales y la noción del acceso universal a los servicios³⁰⁵, y por ende parece importante mantener su identidad conceptual y aplicación en la práctica. El debate del significado de los servicios públicos se une al de la eficiencia en su prestación y al de su adecuada regulación. Este debate se acentuó especialmente a partir del proceso de liberalización y en algunos casos con la privatización de estos servicios³⁰⁶.

Tomando en cuenta este contexto, la naturaleza de los servicios públicos puede explicarse desde varios enfoques.

Un primer enfoque se basa en los conceptos de bien público y monopolio natural. Los servicios públicos son considerados una externalidad positiva, una falla del mercado, debido a la cual el Estado debe intervenir, ya sea regulando o prestando directamente el servicio. Este enfoque se centra en la economía de la prestación del servicio y considera que los servicios públicos por sus características intrínsecas son servicios que no pueden ser prestados eficientemente por el mercado y que deben ser prestados por el Estado. Bajo este criterio son servicios públicos: la administración de justicia, los servicios relacionados con la seguridad interna y externa, y el establecimiento de redes de transporte, como vías férreas, transporte de energía, redes de telecomunicaciones,

³⁰³ Vid. HARLOW, C., "Public Services, Market Ideology, and Citizenship", en FREEDLAND, M. Y SCIARRA, S. (eds.), *Public Services and Citizenship in European Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998p. 49, 50-51; SARMIENTO GARCIA, J. H. Y GONZALEZ DE AGUIRRE, M., *Los servicios públicos. Regimen Juridico actual*, Buenos Aires, De Palma, 1994, p. 631; KRAJEWSKI, M., "Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework", *op. cit.*, p. 343; KRAJEWSKI, M., "Investment Law and Public Services", April 1, 2012, p. 2.

³⁰⁴ Vid. SARMIENTO GARCIA, J. H. Y GONZALEZ DE AGUIRRE, M., *Los servicios públicos. Regimen Juridico actual*, *op. cit.*, p. 631.

³⁰⁵ Vid. ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ECOSOC, *La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos, Derechos económicos, sociales y culturales*, Informe de la Alta Comisionada, Resumen ejecutivo, Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25 de junio 2002; UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "Acceso Universal a los Servicios, Nota de la secretaría de la UNCTAD", *Reunión de Expertos sobre el acceso universal a los servicios*, TD/B/COM.1/EM.30/2, 18 de septiembre, 2006.

³⁰⁶ Si bien se dio una privatización, la propiedad pública sigue siendo importante en muchos países y sectores, *vid.* CLIFTON, J., COMIN, F. Y DIAZ-FUENTES, D., "Privatization in the European Union: Ideological, pragmatic, inevitable?", *Journal of European Public Policy*, vol. 13, no. 5, 2006, pp. 736-756, citado en CLIFTON, J., DIAZ-FUENTES, D., FERNÁNDEZ-GUTIÉRREZ, M. et al., "Los ciudadanos ante la regulación europea de servicios públicos: una evaluación del caso español", *CIRIEC-España: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, vol. 70, 2011, pp. 5-31.

prestación de servicios de aguas³⁰⁷. La crítica a este enfoque es que la comercialización del servicio depende de otros aspectos además de la naturaleza de los mismos, depende por ejemplo de los avances tecnológicos y predominantemente de las especificidades del marco legal y el marco regulatorio de las respectivas actividades. Además, bajo este enfoque cualquier bien público podría convertirse en un bien comercializable³⁰⁸.

Un segundo enfoque para la determinación de servicios públicos se basa en la doctrina legal continental europea y los relaciona con las actividades tradicionales del Estado. Este criterio incluye cada servicio prestado por el Estado en sus diferentes instancias y ámbitos geográficos, así como por sus diferentes tipos de autoridades e instituciones. Los servicios tradicionalmente prestados por el Estado en muchos países son considerados por ende servicios públicos, incluyen a los servicios de comunicación (postal y de telecomunicaciones), vías férreas y otras formas de transporte público, servicios de energía y suministro de agua, servicios de tratamiento y eliminación de la de aguas residuales. Dentro de este enfoque, si bien la doctrina continental francesa de “*Service Public*” y la alemana “*Daseinsvorsorge*” tienen diferencias importantes³⁰⁹, tienen también semejanzas significativas, las cuales resaltan si se consideran en relación a la perspectiva de la UE sobre los servicios públicos. La función legitimadora de los servicios públicos en estas dos doctrinas se basa en que el Estado es inherentemente responsable por la producción de todos los servicios esenciales: la idea es que existe un antagonismo natural entre los intereses públicos y los intereses del mercado. En tanto la doctrina de la UE incorpora la idea de coordinación descentralizada de los intereses privados que, dentro de un marco de reglas con tendencia normalmente liberal, trata de beneficiar a todos. La introducción de principios de mercado en estos ámbitos ha sido vista por algunos como un proceso anárquico que puede producir resultados arbitrarios³¹⁰.

³⁰⁷ Vid. KRAJEWSKI, M., "Investment Law and Public Services", *op. cit.*, p. 3; KRAJEWSKI, M., "PUBLIC SERVICES AND TRADE LIBERALIZATION: MAPPING THE LEGAL FRAMEWORK", *OP. CIT.*

³⁰⁸ Vid. ANATOLE, A., "Public Goods as Common stock", en ANATOLE, A., MILTONET, F., et al. (eds.), *Not for Sale: in Defense of Public Goods*, Westview Press, 2000pp. 9-11. Por ejemplo los servicios de seguridad se han convertido en comercializables por el *outsourcing* de las funciones de policía y con la introducción de servicios de seguridad privados en lugares públicos. KAUL, I., CONCEIÇÃO, P., LE GOULVEN, K. et al., "Why do Global Public Goods Matter Today?", en KAUL, I., CONCEIÇÃO, P., et al. (eds.), *Providing Global Public Goods*, Oxford, Oxford University Press, 2003 p. 7.

³⁰⁹ Para una comparación de los conceptos de *Daseinsvorsorge* y *service public*, vid. MESTMÄCKER, E.-J., "Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext: Ein Beitrag zur Funktion von Art. 89 Abs. 2 EGV", en RULAND, F., BARON V. MAYDELL, B., et al. (eds.), *Festschrift für Hans F. Zacher*, 1998, pp. 635 ss.; CREMONA, M., *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford University Press, 2011, p. 12; BULLINGER, M., "Französischer Service Public und deutsche Daseinsvorsorge", *Juristenzeitung*, vol. 59, 2003, pp. 597-604.

³¹⁰ Vid. SCHWEITZER, H., "Services of General Economic Interest: European Law's Impact on the Role of Markets and of Members States", en CREMONA, M. (ed.), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford University Press, 2011, pp. 11-62, p. 16.

Resumiendo, bajo este enfoque, el interés común o interés general esencial que persigue el interés público es, de hecho, la razón de ser del Estado involucrado en la prestación de los servicios³¹¹. “Sin embargo, las políticas de privatización y el surgimiento de nuevas formas de organizar estos servicios (asociaciones público-privadas) hacen cada vez más difuminado los límites entre el estado de un lado y el mercado en el otro lado”³¹².

El tercer enfoque de servicios públicos se refiere más bien a la obligación del servicio público como tal, y no a una particular comprensión de las funciones del mercado o de las entidades que ofrecen el servicio. La obligación tiene como fin garantizar que se cumplan los objetivos de interés público que normalmente tienen como fin garantizar una cierta calidad de servicio, acceso general (si no universal) y precios asequibles. La actividad la realiza una autoridad competente del sector público, sea de carácter local, regional, nacional o supranacional³¹³. Este enfoque se basa en el marco normativo y los instrumentos aplicados para la prestación del servicio.

Para completar el análisis de la definición de servicios públicos es útil comprender el sentido y alcance del mismo en la UE, en tanto que este criterio parece corresponder con el tercer enfoque antes explicado, basado en el cumplimiento de obligaciones específicas. Además y en particular, la idea de “servicio general de interés económico”³¹⁴ es importante para entender las implicaciones de la liberalización comercial en el marco regulador de los servicios públicos.

Respecto a los servicios de interés general o servicios públicos en la UE, se señala que “aunque su alcance y organización varíen perceptiblemente según la historia y cultura de la intervención estatal, los servicios generales pueden definirse como los servicios, tanto económicos como no económicos, que los poderes públicos clasifican de interés general y someten a obligaciones específicas de servicio público. Ello significa que es esencialmente responsabilidad de los poderes públicos, al nivel que corresponda, decidir la naturaleza y el alcance de un servicio de interés general. Los poderes públicos pueden decidir ofrecer los servicios o encomendarlos a otras entidades, que pueden ser públicas o privadas, y actuar por motivos lucrativos o por motivos no lucrativos”³¹⁵. Es importante también la distinción entre los servicios no económicos y los servicios

³¹¹ Vid. COLIN, S., "Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors", *European Law Journal*, vol. 6, no. 4, 2000, pp. 310-325, p. 311.

³¹² Vid. KRAJEWSKI, M., "Public services in bilateral free trade agreements of the EU", *SSRN Electronic Journal*, vol. 11, 2011, pp. 45, p. 3.

³¹³ Vid. NEERGAARD, U., "Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast", en KRAJEWSKI, M., NEERGAARD, U., et al. (eds.), *The Changing Legal Framework of Services of General Interest in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 17-50, p. 17; HOUBEN, I., "Public Service Obligations: Moral Counterbalance of Technical Liberalization Legislation", *European Review of Private Law*, vol. 16, no. 1, 2008, pp. 7-27, p. 10.

³¹⁴ Art. 106(2) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³¹⁵ Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones que acompaña a la

de interés económico general (SIEG) que hace la UE. Los servicios no económicos generalmente son prerrogativas tradicionales de los Estados, como la policía, la justicia y los regímenes obligatorios de seguridad social, no se someten a normas concretas de la UE, ni están cubiertos por las normas del Tratado sobre mercado interior y competencia. Algunos aspectos de la organización de estos servicios pueden estar sujetos a otras normas del Tratado, como el principio de no discriminación. En cambio en los SIEG, la prestación y organización de estos servicios se someten a las normas del Tratado sobre mercado interior y competencia, puesto que sus actividades tienen valor y naturaleza económica, pero con una importancia especial y por ende sujetos a obligaciones especiales de interés público³¹⁶. Es el caso de las grandes industrias de red como las telecomunicaciones, la electricidad, el gas, el transporte y los servicios postales³¹⁷. Un servicio de interés general está sujeto a las normas de competencia de la UE en tanto que la naturaleza de actividades sea económica. Esta distinción se hace particularizando cada servicio, sea por la transformación que se da en la prestación de los servicios como por las diferencias entre sectores y ámbitos geográficos. Dada la importancia económica, social y estratégica de estos servicios, la Unión Europea ha definido una regla específica de excepción de las normas de competencia a los SIEG cuando dichas normas puedan impedir el objetivo de interés público derivado de estos servicios³¹⁸.

El concepto de los servicios públicos, por tanto, es dinámico y varía con el tiempo y el espacio, además, se debe desarrollar en un proceso democrático y articulado por organismos públicos democráticos. Como señala ARENA, "*just as the needs of society and the degree of*

Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno» - Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso", Doc. COM/2007/0725 final, 20 de noviembre, 2007, p. 3 ss. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, Libro blanco sobre los servicios de interés general", Doc. COM(2004) 374, 12 de mayo, 2004. Se basó en consultas y Comunicaciones anteriores, en especial el Libro Verde de 2003 de la Comisión (COM(2003) 270 de 21 de mayo de 2003), dos Comunicaciones de 2001 (COM(2001) 598 de 17.10.2001 y «Servicios de interés general para Europa», DO C 17 de 19.1.2001) y la primera Comunicación sobre este tema de 1996 («Servicios de interés general para Europa», DO 1996/C 281 de 26 de septiembre de 1996).

³¹⁶ Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno» - Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso", *op. cit.*, p. 4.

³¹⁷ Los que son regulados por un marco legislativo específico de la UE. Del mismo modo, algunos aspectos de los servicios públicos de radiodifusión están cubiertos por leyes concretas de la UE, tal como la Directiva «Televisión sin fronteras». Otros servicios de interés económico general, como los relacionados con la gestión de residuos, el suministro de agua o el tratamiento de las aguas residuales, no están sujetos a un régimen regulador independiente a nivel de la UE. Sin embargo, normas comunitarias específicas como la legislación en materia de contratación pública, protección de los consumidores y legislación medioambiental se aplican a determinados aspectos del servicio. Además, varios servicios de interés económico general están también sujetos al marco reglamentario establecido por la Directiva de servicios.

³¹⁸ Sobre las implicaciones del art. 106.2 como limitación a las normas sobre ayudas de Estados y restricciones a las normas relativas a la libre prestación de servicios, *vid.* SEGURA SERRANO, A., "Los «servicios de interés económico general» tras el Tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* número, vol. 38, no. Enero/Abril, 2011, p. 66-72.

*governmental intervention vary from country to country and from time to time, also the legal notion of public services hinges substantially on its legal, economics and social context*³¹⁹. Un elemento general que debe fundamentar la regulación de los servicios públicos es el interés público y la satisfacción en la prestación del servicio, como afirma KRAJEWSKI: *“In general, public services are services which are provided and regulated based on non-commercial public interests and on the need for the provision of such services in a way the market cannot achieve. Furthermore, the provision and regulation of public services is intrinsically linked to democratic autonomy*³²⁰.

Al igual que los servicios en general, son dos las principales perspectivas que fundamentan la regulación de los servicios públicos. La primera perspectiva se basa en el fundamento económico derivado de las fallas de mercados, como los monopolios, externalidades negativas y positivas y déficit de la información³²¹. Por ejemplo, el establecimiento de redes de infraestructura como transporte ferroviario, redes de telecomunicaciones, de electricidad está relacionado con los monopolios naturales y son frecuentemente prestados por el gobierno o por instituciones públicas en régimen monopolístico, por lo que necesitan ser regulados para su mejor funcionamiento en los mercados. Los monopolios naturales son frecuentemente asociados con el inicial establecimiento de redes (transporte férreo, energía, líneas terrestres de telecomunicación)³²². La segunda perspectiva que fundamenta la regulación de los servicios públicos se basa en políticas sociales y conceptos de justicia distribucional. Esto es por ejemplo el caso de los servicios básicos de telecomunicación y servicios postales, a fin de evitar posibles desventajas para las poblaciones rurales y con desventajas económicas. En todo caso, la regulación de los servicios públicos, sean servicios de carácter económico (transporte, comunicación) o social, es una tarea esencial de los Estados, por la trascendencia que tienen, para lo cual deben tomar en cuenta las diferentes funciones e intereses relacionadas con dichos servicios³²³.

El carácter económico o no de los servicios públicos determina su funcionamiento y formas de regulación, como señala DE LA CRUZ FERRER, si se considera la perspectiva de la demanda, los servicios públicos se prestan y benefician a un usuario concreto, lo que conlleva una contraprestación económica, a pesar que los beneficios públicos que generan pueden justificar la

³¹⁹ Vid. ARENA, A., "The GATS notion of public services as an instance of intergovernmental agnosticism: Comparative insights from EU supranational dialectic", *Journal of World Trade*, vol. 45, no. 3, 2011, pp. 489-528, p. 9.

³²⁰ Vid. KRAJEWSKI, M., "Investment Law and Public Services", *op. cit.*, p. 3.

³²¹ Vid. el estudio sobre fundamentos de la regulación económica de los servicios en OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.*, p. 29 ss.

³²² Vid. BOGNETTI, G., "Europäische Netze und öffentliche Versorgungsunternehmen", en COX, H. (ed.), *Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 1996citado en KRAJEWSKI, M., "Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework", *op. cit.*

³²³ Ver el cuadro presentado por JUAN DE LA CRUZ FERRER, en el cual se distinguen los diferentes tipos de funciones y servicios públicos, los intereses comprometidos, su financiación y gestión. DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 151-152.

financiación pública para su prestación. Desde la perspectiva de la oferta, los servicios públicos pueden quedar sujetos a derechos de propiedad y competencia. Así, en el caso de la UE las actividades calificadas como servicios de interés general son susceptibles de titularidad privada y de prestación mediante empresas en régimen de competencia³²⁴.

La regulación de los servicios públicos suele tener ciertas particularidades derivadas de su importancia en la sociedad. En este sentido, el Protocolo 23 sobre los Servicios de Interés General incluye dentro de los valores comunes de la Unión Europea sobre los SIEG “un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios”³²⁵. La regulación de los SIEG debe entre otras cosas garantizar la seguridad del suministro en los servicios, considerando las amenazas futuras. Debe existir por tanto un nivel mínimo de garantía en el aprovisionamiento y prestaciones³²⁶, sin que el proceso de liberalización impida dicho objetivo. Además ha de garantizar el acceso a los servicios esenciales, con una buena calidad y precios accesibles. Muchas veces este acceso se basa actualmente en regulaciones liberalizadoras de sectores tales como telecomunicación, postal, transporte, bancario, energía. En este sentido, se pronunció la Comisión Europea en su comunicación del 2011, señalando que es su objetivo “garantizar el acceso a servicios esenciales: la Comisión asumirá su compromiso de garantizar el acceso de todos los ciudadanos a los servicios esenciales en sectores específicos, basándose en las últimas medidas en los ámbitos de los servicios bancarios básicos, los servicios postales y las telecomunicaciones”³²⁷.

Las reformas en la regulación de sectores de servicios a partir de los años ochenta alcanzaron también a los servicios públicos, en particular los servicios de infraestructura como electricidad, gas, telecomunicaciones y transporte³²⁸. La administración y regulación de muchos de estos servicios que eran prestados en base monopolística por proveedores de servicios exclusivos o limitados, pasaron a prestarse en competencia y con una administración privada, en tanto que la justificación de monopolio natural y de especial protección social dejaron de ser tan relevantes.

³²⁴ *Ibid.*, p. 151 y 152.

³²⁵ El Protocolo n.º 26 sobre los servicios de interés general, anexo al Tratado de Lisboa (versión consolidada de 2008), art. 1. El protocolo introduce la noción de servicios de interés general en el derecho primario de la UE.

³²⁶ Así se recogió en la propuesta de reforma de directivas sobre normas comunes para los mercados comunes de gas y electricidad. Propuesta de directiva por la que se modifican las directivas 96/92, DOCE 28.8.2001, artículo 6 bis. *Vid. DE LA CRUZ FERRER, J., Principios de regulación económica en la Unión Europea, op. cit.*, p. 153.

³²⁷ *Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa"*, Doc. COM(2011) 900 final, 20 de diciembre, 2011.

³²⁸ A pesar de no haber un consenso en este sentido se dieron reformas regulatorias similares a la de otros servicios, *vid. KAHN, A. E., "La economía de la desregulación 17 años después. Fundamentos y revisión"*, *CIRIEC-España: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, vol. Número Extraordinario, septiembre, 1990, pp. 23-80.

Estas reformas se desarrollaron en el entorno liberalizador, contaron con el apoyo del entorno internacional y conllevaron reformas regulatorias importantes. Por ejemplo dentro del Programa del Mercado Único Europeo se acordó implementar la liberalización de los servicios, incluidos los servicios públicos³²⁹. También han incidido los procesos de integración económica comercial como el AGCS y, en el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), mediante cláusulas de excepción y disposiciones diseñadas la lidiar directamente con la permisibilidad de la intervención en los servicios públicos³³⁰.

Desde la OECD se anunciaba que las reformas beneficiarían a los consumidores, con la reducción de los precios y el aumento de las opciones de elección, así como una mayor eficacia de los servicios públicos³³¹, presentando evidencias de algunos sectores donde se privatizaron los servicios, incluidos servicios públicos tradicionales como los servicios relacionados con la comunicación, vías de transporte y servicios de energía³³². En un documento sobre la desregulación y privatización de los servicios, la OECD señala en este sentido: *“The analysis suggests that the benefits may be substantial. Policies that encourage entry and strengthen competition have proven to be the critical element in achieving these benefits”*³³³.

Estas reformas regulatorias han generado el debate entre la sociedad civil y la doctrina sobre las posibles consecuencias en el “interés general”³³⁴. Las principales críticas señalan el hecho que los intereses que prevalecen son los comerciales o económicos sobre los relacionados con la universalidad en la prestación del servicio público, su calidad, previsibilidad y sostenibilidad, entre otros³³⁵. Como MONTI reconoce: *“Since the nineties the place of public services within the single*

³²⁹ Vid. las Comunicaciones de la Comisión titulado “servicios de Interés General en Europa 1996, C281/3 setiembre de 1996 y COM(2000)580 final, 20 setiembre de 2000. Ver también la Directiva Bolkestein, Directiva 123/2006/CE, 28 de diciembre de 2006. La propuesta de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea relativa a los servicios en el mercado interno fue presentada por la Comisión Europea en febrero de 2004 y aprobada en 2006; BOGNETTI, G. Y OBERMANN, G., “Liberalization and privatization of public utilities: origins of the debate, current issues and challenges for the future”, *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 79, no. 3/4, 2008, pp. 461-485.

³³⁰ Vid. ARENA, A., “The GATS notion of public services as an instance of intergovernmental agnosticism: Comparative insights from EU supranational dialectic”, *op. cit.*, pp. 491-498.

³³¹ Vid. OECD, “Privatising State-owned Enterprises: An Overview of Policies and Practices in OECD Countries”, OECD, París, 2003.

³³² Vid. sobre el impacto de las regulaciones y reformas regulatorias en general en sectores de servicios públicos como caminos de transporte y telecomunicación: OECD, HOJ, J., KATO, T. et al., “Deregulation and privatisation in the services sector”, *Economic Studies*, No. 25, /995/11, 1995 p. 39-40, 51 ss.; el sector salud se discute ampliamente en OXLEY, H. Y MACFARLAN, M., “Health Care Reform - controlling spending and increasing efficiency”, *Economics Department Working Papers*, No. 149, Paris, 1994.

³³³ Vid. OECD, HOJ, J., KATO, T. et al., “Deregulation and privatisation in the services sector”, *op. cit.*, p. 68.

³³⁴ Vid. SEGURA SERRANO, A., *El Interés General en el Comercio Internacional e Intracomunitario de Servicios*, *op. cit.*.

³³⁵ Vid. SCHWEITZER, H., “Services of General Economic Interest: European Law’s Impact on the Role of Markets and of Members States”, *op. cit.*, p. 51.

*market has been a persistent irritant in the European public debate*³³⁶. La cuestión de regulación doméstica de los servicios públicos se relaciona con el debate de la intervención de los Estados en las actividades económicas y pone de manifiesto la tensión entre los objetivos de la liberalización progresiva de los acuerdos de comercio internacional y los objetivos regulatorios específicos en los servicios públicos. Cabe recordar que los servicios públicos no son necesariamente de propiedad pública u operados por empresas públicas, pues pueden ser de propiedad privada pero sujetos a regulación en el interés público, como las regulaciones de prestación universal u otras obligaciones de servicios públicos. Los partidarios de la liberalización intentan reafirmar el amplio margen de acción que tienen los Estados al definir qué son servicios públicos o SIEG, donde un elemento esencial es la naturaleza de las actividades, que se constituyen en obligaciones de servicio público³³⁷.

En el marco de la UE, en un estudio encargado por el Parlamento Europeo se resaltó el hecho de que las políticas y regulaciones de los servicios públicos desarrolladas desde la perspectiva liberalizadora en la UE no han llevado necesariamente a servicios de mayor calidad y de mayor significancia económica. Se afirmó en este sentido: *“It is important to point out that even when complying with the fundamental criteria - formerly imposed or now set as a target - in the legal framework of the EU for the production of SGIs, the existence or the quality of certain SGI by a public institution limited to the guarantee function cannot in all cases be guaranteed over the longer term. It may even be a case of services and sectors of significance in economic terms that are negatively affected or even appear to be threatened in the long term by the SGI concept of EU law”*³³⁸. Reciente doctrina apunta también en su crítica sobre la liberalización de los servicios públicos, la poca importancia que se ha dado a la interacción de la administración del Estado con los ciudadanos, dejando de lado la importancia de la participación del ciudadano en la regulación de dichos servicios³³⁹.

³³⁶ Vid. MONTI, M., "A New Strategy for the Single Market - At the Services of Europe's Economy and Society, Informe al Presidente de la Comisión Europea José Manuel Barroso", 9 de mayo, 2010, p. 20.

³³⁷ Vid. Comunicación de la Comisión «Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo», COM (2007) 725 final, de 20.11.2007, p. 10; Sentencia *Corbeau*, C-320/91, Rec. De 19 de marzo de 1993, p. I-2562; sentencia de 27 de abril de 1994, *Almelo*, C-393/92, Rec. p. I-1477.

³³⁸ Vid. OBERMANN, G., HALL, D. Y SAK, B., "Services of General Interest in The Internal Market", *Working Paper*, European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection, Brussels, 2005, p. 8 y ss. y p. 43. Disponible en <http://edz.bib.uni-mannheim.de/daten/edz-ma/ep/05/pe358.357-en.pdf>. Ver en este sentido también en la casuística de la CIJ, el caso C-26/03 - Stadt Halle and RPL Lochau, 2005, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-26/03>. Es un caso que ejemplifica una decisión restrictiva, aquí se prohíbe al gobierno de la ciudad Halle que escoja su propia empresa municipal de servicios públicos sin licitación pública previa.

³³⁹ Vid. CLIFTON, J., DÍAZ-FUENTES, D., FERNÁNDEZ-GUTIÉRREZ, M. et al., "Los ciudadanos ante la regulación europea de servicios públicos: una evaluación del caso español", *op. cit.*; WARNER, M. E., "Reversing Privatisation, Rebalancing Government Reform: Market, Deliberation and Planning", *Policy and Society*, vol. 27, no. 2, 2008, pp. 163-174; EUROPEAN COMMISSION, "Questions and Answers on Behavioural Economics", MEMO/08/748, Bruselas, 2008.

En esencia, como se ha visto, el debate sobre los servicios públicos se centra en particular en el equilibrio entre los objetivos sociales y la búsqueda de su eficacia por medio de la competencia de mercado. En este contexto, la definición y el marco legal revisado de la UE vinculado con los “Servicios Económicos de Interés General” buscan encontrar este equilibrio. Las políticas regulatorias liberalizadoras dominantes, también en el contexto de los servicios públicos, parecen replantearse en el contexto de la crisis financiera y económica mundial, pero queda por ver en qué sentido se orienta finalmente este cambio de paradigma. Se debe igualmente considerar la necesidad de mantener la flexibilidad regulatoria en los servicios públicos y considerar que es necesaria la adaptación y adecuación de los modelos de prestación a los servicios públicos.

Un aspecto final importante sobre la regulación doméstica de los servicios públicos es la necesidad constante de adaptación y revisión de la misma, así como de los modelos en los que se basa. Esto es especialmente relevante en los servicios públicos porque como se ha visto son clave para el bienestar general.

B. La regulación doméstica como barrera del comercio internacional de servicios

La regulación de los servicios también puede generar costes al CIS con la creación de restricciones y barreras comerciales³⁴⁰, a pesar de que el objetivo común es que las regulaciones obstruyan lo menos posible al comercio y se eviten restricciones que graven y distorsionen innecesariamente el comercio internacional. El carácter inmaterial de muchos servicios hace que las medidas restrictivas en frontera no sean fáciles de aplicar, por lo que muchas de las medidas relacionadas con los servicios son medidas internas o regulaciones nacionales que se refiere a la prestación y/o comercialización de los servicios. Estas regulaciones nacionales condicionan el acceso de los servicios extranjeros en los mercados nacionales y su carácter restrictivo puede generarse de manera intencionada o no intencionada.

Las regulaciones como barreras al CIS se pueden constituir por ejemplo mediante limitaciones en la entrada de proveedores extranjeros de servicios que desean crear nuevas empresas en el sector de la construcción u obligaciones de formar *joint ventures* con empresas nacionales. Otro ejemplo de barreras regulatorias al CIS es la exigencia de contar con la nacionalidad del país donde se desea prestar los servicios profesionales, como requisito para la titulación nacional de un profesional liberal.

³⁴⁰ Las regulaciones nacionales como barreras regulatorias al comercio de servicios se estudiarán en mayor detalle en el apartado III de este capítulo.

Se vienen adoptando en varios países y a nivel bilateral y multilateral diferentes medidas con el objetivo de limitar dichas restricciones, tales como políticas de desregulación o reformas regulatorias y más recientemente programas de calidad regulatoria para promover la liberalización del CIS. El objetivo de este apartado es entender las particularidades de las restricciones al comercio de servicios, desde sus fundamentos hasta sus principales manifestaciones, tomando en cuenta el impacto de dichas regulaciones nacionales restrictivas en la liberalización del comercio de servicios. También comprender en particular la trascendencia de las regulaciones no discriminatorias que constituyen restricciones al comercio y la trascendencia de un marco multilateral que prescribe cómo lidiar con las restricciones al CIS.

1. Barreras al comercio de servicios: naturaleza y tipología

a. Naturaleza de las barreras al comercio de servicios

El crecimiento del CIS y sus potencialidades han revelado la existencia de significativas restricciones y la importancia de entender sus efectos³⁴¹. Algunas de estas barreras están sujetas a las disposiciones del marco multilateral del AGCS y también se está negociando su reducción tanto en el marco multilateral así como a nivel regional o bilateral. La identificación y comprensión de las barreras al CIS es imprescindible para entender el objetivo del AGCS y su relación con las regulaciones nacionales, sin embargo, su variedad y características diferentes en los diferentes países y sectores hacen más compleja su comprensión.

En principio, los instrumentos que crean las barreras al CIS son similares a los usados en los bienes y consisten en medidas tales como aranceles, impuestos, cuotas y normas técnicas³⁴². Estas barreras pueden ser creadas explícitamente para limitar al CIS, como las restricciones en la propiedad extranjera, limitaciones en el ámbito del negocio que puede prestar el proveedor de servicios extranjero, o restricciones en las formas corporativas permitidas. En tanto que también pueden constituir barreras, a pesar de no ser creadas con un enfoque restrictivo explícito al CIS, sino que son regulaciones con objetivos más generales, este es el caso de la mayoría de las regulaciones. Según DEE Y FINDLAY³⁴³ una característica clave de las barreras en servicios es que a menudo protegen a los actuales proveedores de servicios de cualquier competencia, ya sea que los nuevos actores comerciales sean nacionales o extranjeros.

En la práctica se observa que las restricciones explícitas o barreras formales son pocas en muchos países, mientras que las otras regulaciones nacionales con objetivos generales sí siguen

³⁴¹ Vid. DEE, P. Y FINDLAY, C., "Services: A 'Deal-maker' in the Doha Round?", *op. cit.*, p. 59-60.

³⁴² Vid. HINDLEY, B., "Service Sector Protection. Consideration for Developing Countries", *World Bank Economic Review*, vol. 2, 1988, pp. 205-224.

³⁴³ Vid. DEE, P. Y FINDLAY, C., "Services: A 'Deal-maker' in the Doha Round?", *op. cit.*, p. 59.

siendo causa de restricción³⁴⁴. Como por ejemplo, las regulaciones rigurosas para el establecimiento de empresas de servicios que contienen requisitos restrictivos, o prácticas administrativas que pueden ser excesivamente burocráticas, y otras regulaciones que tienen un claro fundamento en intereses válidos de política pública. Es el caso por ejemplo de las regulaciones que están basadas en criterios y consideraciones de seguridad o políticas estratégicas, en sectores tales como transportes, financieros y comunicaciones, pero que pueden restringir la inversión extranjera directa³⁴⁵.

Otro problema relacionado son las diferencias de las regulaciones entre los países, la llamada *divergencia regulatoria*, lo que también reduce el comercio internacional, al imponer costos a los exportadores para entrar en los diferentes mercados³⁴⁶. NORDÅS analizó en el 2010 cómo la regulación doméstica afecta al CIS efectuado mediante la presencia comercial, en particular se enfocó en cómo la heterogeneidad de la regulación incide al escoger el modo de prestación de un mercado internacional (en el total del comercio y en sectores como el financiero, transporte, comunicación, computación u otros servicios empresariales). Encontró que la heterogeneidad regulatoria constituye una barrera de entrada en sí misma, que tiene un impacto relativamente grande en el CIS bajo la modalidad de presencia comercial³⁴⁷. En tanto que el incremento de la competencia podría reforzar las ganancias al incentivar la innovación. Las prácticas de armonización o reconocimiento de las regulaciones en el sector de los servicios son también importantes para incrementar el comercio internacional, en particular la presencia comercial de servicios³⁴⁸.

³⁴⁴ En un reciente estudio de los países de la OECD se encontró que a pesar que las barreras formales al comercio internacional de servicios son escasas en los países de la OECD, las barreras regulatorias dentro del territorio nacional ("*behind the border*") sí restringen la entrada de proveedores extranjeros y hacen más difícil que los proveedores de servicios nacionales puedan competir en el extranjero. Vid. KOX, H. Y NORDÅS, H. K., "Services trade and domestic regulation", *OECD Trade Policy Working Paper No 49*, TD/TC/WP(2006)20/FINAL, 14 February, 2007.

³⁴⁵ Vid. NORDÅS, H. K. Y HENK, K., "Quantifying regulatory barriers to services trade", *Trade Policy Working Paper*, WORKING PARTY OF THE TRADE COMMITTEE (ed.), OCDE, 85, TAD/TC/WP(2008)27/FINAL, April, 2009, p. 7.; OECD, "International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World", Paris, 2007.

³⁴⁶ Vid. KOX, H. Y NORDÅS, H. K., "Services trade and domestic regulation", *op. cit.*

³⁴⁷ Vid. NORDÅS, H. K. Y HENK, K., "Quantifying regulatory barriers to services trade", *op. cit.*, KOX, H. Y LEJOUR, A., "Regulatory heterogeneity as obstacle for international services trade", CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, CPB Discussion Paper 49, February, 2005, The Hague, 2005.

³⁴⁸ Por ejemplo, según el estudios de Kox y Nordas, si todos los países de la OECD rebajarían el nivel de las regulaciones que restringen la competencia al nivel más bajo del área de la OECD, el comercio de servicios podría aumentar en un 90% en promedio y en un 140% en los países con la regulación más restrictiva. El aumento del PIB per cápita como resultado de las ganancias en comercio podría ser un 2% en promedio y más de 3% en los países con la regulación más restrictiva, *vid.* KOX, H. Y NORDÅS, H. K., "Services trade and domestic regulation", *op. cit.*; NORDÅS, H. K. Y HENK, K., "Quantifying regulatory barriers to services trade", *op. cit.*

Entonces, es ampliamente reconocido que en el CIS existen importantes barreras y que las principales son de carácter regulatorio. Esto implica que las regulaciones nacionales³⁴⁹ o medidas nacionales que se aplican esencialmente detrás de la frontera constituyen los principales impedimentos al CIS.

Las medidas en frontera en general y aranceles *ad valorem* en particular, que son los instrumentos más comunes en el caso los bienes, son difíciles de aplicar en los servicios. Esto está relacionado con una característica esencial de los servicios que es la simultaneidad en la producción y el consumo, lo que tiene como consecuencia la dificultad de determinar cuando el servicio cruza la frontera para prestarse en el extranjero. Esta dificultad en determinar con exactitud cuando un determinado servicio cruza la frontera hace que sea más complicado aplicar medidas en frontera para los servicios³⁵⁰. Como observaron HOEKMAN Y BRAGA, los agentes de aduana en muchos casos no pueden observar cuando los servicios cruzan la frontera ya que muchos servicios son prestados en el país de consumición más que de manera transfronteriza³⁵¹. HOEKMAN recordaba la naturaleza de las barreras al comercio de servicios señalando: "*Because services are generally intangible, barriers to trade do not take the form of import tariffs. Instead, trade barriers take the form of prohibitions, quotas and government regulations*"³⁵². En este sentido, las medidas proteccionistas que afectan al CIS en sus diferentes modos de prestación se dan también usualmente detrás de la frontera y normalmente toman la forma de regulaciones domésticas, especialmente medidas no basadas en el precio³⁵³.

En los servicios relacionados con el consumo en el extranjero como el turismo, y en el establecimiento o presencia comercial, se aprecia claramente que la transacción del CIS se concretiza normalmente 'detrás-la-frontera', ya que el servicio se suministra en un país distinto. En el caso del suministro transfronterizo, si bien es el servicio el que traspasa la frontera, difícilmente puede ser observado o rastreado, por ejemplo en el caso de los servicios de consultoría realizados por vía telemática o el comercio por internet.

³⁴⁹ Se considera aquí el criterio amplio que tiene la OECD sobre la regulaciones, que incluye esencialmente las normas primarias y regulaciones secundarias (normas subordinadas, decretos, órdenes, normas, licencias, códigos) formalidades administrativas, autorizaciones, decisiones que hacen efectivas otras regulaciones y los estándares. Desarrollados a todos los niveles de la administración pública. *Vid.* OECD, "Regulatory Policy and the Road to Sustainable Growth", *op. cit.*, pp. 9-10. Ver también el estudio sobre regulación nacional del Capítulo Primero.

³⁵⁰ *Vid.* HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", World Bank, World Bank Policy Research Working Paper No. 1747, Washington, DC, 1997, p. 5; HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", *Economics Review*, vol. 8, 1997, pp. 285-308.

³⁵¹ *Vid.* HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", *op. cit.*, p. 5; HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", *op. cit.*

³⁵² *Vid.* HOEKMAN, B., "Liberalizing Trade in Services: A Survey", *World Bank Policy Research, DEVELOPMENT RESEARCH GROUP (DECRG) Y CENTRE FOR ECONOMIC POLICY RESEARCH (CEPR) (eds.)*, Working Paper No. 4030, October 1, Washington D.C., WORLD BANK, 2006.

³⁵³ *Vid.* DEE, P. Y FINDLAY, C., "Services: A 'Deal-maker' in the Doha Round?", *op. cit.*, p. 59-60.

Otro fundamento por el que las regulaciones nacionales constituyan obstáculos más importantes al comercio internacional en el sector de servicios que en el sector de las mercancías se debe en gran medida a que los servicios son en su naturaleza un proceso más que un producto³⁵⁴. Los problemas que se derivan de los diversos tipos de regulación de bienes a través de países se pueden evitar en un régimen del comercio internacional, si los países convienen que, cuando las mercancías cruzan las fronteras, los países de origen conservan el derecho de regular características de los productos, pero no el proceso por el cual el bien es creado. Esta distinción ha facilitado el flujo del comercio de bienes³⁵⁵. Esta opción o similar no es factible para la mayoría de los servicios. En los servicios de transporte por ejemplo, necesitan la licencia para circular en el país receptor, no es suficiente el cumplimiento de los requisitos para circular en el país de origen ya que las regulaciones cubren todo el proceso. También, puesto que las regulaciones domésticas aplicadas a los servicios son regulaciones de proceso, la aplicación de estas regulaciones a los servicios importados afecta al proceso por el cual el proveedor de servicios extranjero produce servicios. Es decir, la regulación sobre la convalidación de titulaciones extranjeras de médicos que involucra requisitos de conocimiento de idiomas podría afectar todo el proceso de la prestación de servicios médicos. Las diferencias entre las regulaciones de los distintos países (sobre el proceso de prestación de los servicios) generan conflictos regulatorios inevitables.

Las regulaciones pueden tomar muchas formas y son usualmente específicas al tipo de servicios que son regulados, el país que impone las barreras y el sector en el que las barreras son aplicadas³⁵⁶. Las políticas restrictivas seguidas serán diseñadas generalmente para limitar el acceso de los proveedores de servicios al mercado nacional. Las regulaciones, sean controles de entrada, normas técnicas, obligaciones de información entre otros, son impuestos a los servicios en el ámbito interno con unos objetivos legítimos de política pública (que se basan bien en fundamentos económicos fundamentos sociales, o administrativos). Por lo que la mayoría de los países realizan políticas restrictivas a través de regulaciones domésticas.

³⁵⁴ Vid. COPELAND, B. R., "Benefits and Costs of Trade and Investment Liberalization in Services: Implications from Trade Theory", en CURTIS, M. Y CIURIAK, D. (eds.), *Trade Policy Research 2002*, Government of Canada, Minister of Public Works and Government Services, 2002, pp. 107-218.

³⁵⁵ La producción de las mercancías está sujeta a las regulaciones extensas que varían a través de los países. Las regulaciones de salud y de seguridad, restricciones ambientales, leyes de división en zonas, y así sucesivamente, todas afectan la producción de las mercancías. De acuerdo a la explicación señalada en el texto principal, por ejemplo, los países pueden imponer estándares de las emisiones de automóviles pero no pueden imponer regulaciones que requieren que los automóviles importados sean producidos por trabajadores que están conforme a las mismas leyes de trabajo que los trabajadores domésticos. Esta distinción entre el producto y la regulación del proceso no está siempre tan clara como explicado arriba, pero ha llegado bastante lejos.

³⁵⁶ Vid. DEARDORFF, A. V. Y STERN, R. M., "Empirical Analysis of Barriers to International Services Transactions and the Consequences of Liberalization", en MATTOO, A., STERN, R., et al. (eds.), *A Handbook of international trade in services*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 167-219, p. 182.

Las medidas más comunes prohíben la competencia de los proveedores de servicios extranjeros imponiendo cuotas a la entrada o restricciones para compartir el mercado entre los proveedores de servicios. Varias encuestas en países de la OECD han documentado que, por ejemplo, los procedimientos relacionados la obtención de una licencia para operar o comercializar constituyen importantes costos para las empresas que tienen previsto entrar en un nuevo mercado. Para las pequeñas y medianas empresas esos costos pueden ser mayores (en relación a su volumen de negocio)³⁵⁷. Regulaciones y procedimientos administrativos complicados, exigidos para iniciar un negocio, pueden conllevar un menor número de empresas legalmente registradas, mayor informalidad (aspectos particularmente relevantes para muchos PED), una base imponible tributaria menor y más oportunidades para la corrupción³⁵⁸. En particular en los PED el entorno regulatorio es generalmente menos amistoso que el de los PD, lo que conlleva por ejemplo procedimientos más costosos y burocráticos para empezar una empresa o negocio, para conseguir permisos de construcción, registros de propiedad, entre otros³⁵⁹.

Varios estudios realizados en países de la OECD sobre las implicancias de las barreras al CIS muestran que la presencia de barreras a los servicios es en general más alta que la de los bienes y que su incidencia es negativa, pero ninguno de ellos es completo ni concluyente³⁶⁰.

Se afirma que para comprender los efectos económicos de las barreras al comercio de servicios y para entrar en las prioridades de la política, es fundamental conocer tres aspectos: la magnitud de la barrera de comercio – el equivalente de la “*tariff rate*” en el comercio de bienes; la 'incidencia' de la barrera: si aplica sólo a proveedores extranjeros o también se aplica a los operadores nacionales; y el 'impacto' de la barrera: si la barrera ha creado rentas o elevado los costos de recursos reales. Dentro de los tres aspectos existe sobre todo poca claridad en el impacto de las barreras en el comercio de servicios³⁶¹.

Uno de los principales motivos por lo que es difícil determinar con exactitud el efecto de las barreras al CIS es porque son muy difíciles de identificar y medir, debido a la falta de datos suficientes. Recientemente se ha creado una nueva base de datos del Banco Mundial, que compila las barreras al comercio de servicios de 102 países, incluye de manera comparada regulaciones y

³⁵⁷ Vid. OECD, "International Trade in Services and Domestic Regulation", *Economic Policy Reforms: Going for Growth 2008*, March 2008, 2008, citando al CSES y World Bank's Doing Business surveys 2001. Revisa las encuestas realizadas a varios países de la OECD.

³⁵⁸ Vid. AUDRETSCH, D. Y KEILBACH, M., *Entrepreneurship and Economic Growth*, New York, Oxford University Press, 2006.

³⁵⁹ Vid. WORLD BANK Y INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, "Doing Business 2012, Doing Business in a more transparent world", World Bank, Washington D.C., 2012.

³⁶⁰ Para una recopilación de varios estudios que estiman el efecto de las restricciones al comercio de servicios en distintos países y sectorialmente, vid. DEE, P., "A Compendium of Barriers to Services Trade", World Bank, November 2005, Washington, DC, 2005; FRANCOIS, J. Y HOEKMAN, B., "Services Trade and Policy", *op. cit.*

³⁶¹ Vid. DEE, P. Y FINDLAY, C., "Services: A 'Deal-maker' in the Doha Round?", *op. cit.*, p. 61.

políticas que afectan al CIS en estos países³⁶². La base de datos revela cómo las políticas aplicadas en dichos países tienen distinta restrictividad en unos sectores que en otros, siendo el modo 4 el menos abierto³⁶³. GOOTIIZ Y MATTOO han realizado un estudio con estos datos sobre los compromisos del AGCS y las políticas aplicadas, del mismo concluyen que existe una brecha muy importante entre las políticas aplicadas y las políticas comprometidas (en referencia a los compromisos realizados en el marco del AGCS), ya que la mayor liberalización internacional de servicios se ha llevado a cabo unilateralmente³⁶⁴.

Las políticas regulatorias a pesar de ser legítimas pueden constituir una barrera al comercio de servicios, ya sean regulaciones discriminatorias o no discriminatorias respecto del importador extranjero. Al tratarse de regulaciones nacionales, éstas pueden tener o no la intención proteccionista y también pueden tener o no el objetivo de discriminar entre proveedores nacionales y extranjeros, incluso regulaciones no discriminatorias pueden afectar al CIS.

Entonces, las barreras o regulaciones que afectan al CIS pueden clasificarse de diversa forma dada su heterogeneidad, la principal división es la que las separa en barreras de carácter discriminatorio o no discriminatorio, a la vez las barreras se pueden referir o bien a una barrera a entrada en el mercado nacional o a la naturaleza y el alcance de las operaciones de servicios³⁶⁵. Esta última clasificación es similar a la que distingue entre las barreras de regulación al comercio que toman la forma de barreras de entrada a un mercado y las que producen el aumento de los costos de explotación en el mercado³⁶⁶.

La existencia de medidas que no son discriminatorias, pero que pueden constituirse en barreras al comercio de servicios por su carácter excesivamente gravoso, implica que existen

³⁶² Vid. Global Services Policy Restrictiveness Database, en la página web del Banco Mundial <http://iresearch.worldbank.org/servicetrade/>. Cubre cinco sectores: servicios financieros (banca y seguros), telecomunicaciones, distribución al por menor, transporte, y servicios profesionales. En cada sector se cubren los modos de prestación más relevantes, en los servicios financieros, transporte y profesionales, cubre el comercio transfronterizo (modo 1), en todos los sectores se cubre la presencia comercial o IED (modo 3), en los servicios profesionales, se cubre la presencia de servicios prestados por particulares (modo 4).

³⁶³ Vid. HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services trade liberalization and regulatory reform: reinvigorating international cooperation", *op. cit.*, p. 5.

³⁶⁴ Vid. GOOTIIZ, B. Y MATTOO, A., "Services in Doha: What's on the Table?", *Journal of World Trade*, vol. 43, no. 5, 2009, pp. 1013–1030; más recientemente BORCHERT, I., GOOTIIZ, B. Y MATTOO, A., "Restrictions on Services Trades and FDI in Developing Countries", World Bank, mimeo, Washington D. C., 2010.

³⁶⁵ Vid. FINDLAY, C. Y WARREN, T., (eds.), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications, Studies on the Growth Economics of Asia*. London, New York, Routledge, 2000; DEARDORFF, A. V. Y STERN, R. M., "Empirical Analysis of Barriers to International Services Transactions and the Consequences of Liberalization", *op. cit.* Adelante se explica con detalle la tipología de las barreras al CIS y su repercusión en las disposiciones del AGCS.

³⁶⁶ Vid. GÖNENÇ, R., MAHER, M. Y NICOLETTI, G., "The implementation and the effects of regulatory reform: Past experience and current issues", OECD Economic Studies No. 32, 2001 y NICOLETTI, G., "Regulation in Services. OECD Patterns and Economic Implications", *Economics Department Working Papers No. 287*, OECD, ECO/WKP(2001)13, Paris, 2001 para una discusión extensiva.

claramente, además de las barreras cuantitativas que limitan el acceso al mercado de proveedores extranjeros y de las barreras discriminatorias al comercio internacional de servicios, otros tipos de barreras nacionales. Estas barreras son por ejemplo, la excesiva o indebida burocracia administrativa, la falta de transparencia, aplicación arbitraria o injusta de las medidas o regulaciones de servicios. En el ámbito del comercio de servicios, estas barreras regulatorias de carácter no discriminatorio son especialmente importantes, por lo que se han desarrollado y se vienen desarrollando disciplinas multilaterales específicas dirigidas a impedir que estas barreras constituyan un obstáculo innecesario para el CIS.

Entonces, las regulaciones pueden afectar la entrada y operación tanto de servicios nacionales y proveedores de servicios tendiendo a incrementar el precio de los costos de los servicios involucrados³⁶⁷. Las barreras de servicios no discriminatorias se convierten en medidas proteccionistas al comercio de servicios, que son parecidas a las barreras no arancelarias del comercio de bienes (conocidas como *Non Tariff Barriers-NTB*)³⁶⁸, y su impacto dependerá de cómo las regulaciones nacionales son diseñadas y administradas³⁶⁹.

Ya que las regulaciones nacionales pueden constituirse en barreras al CIS, las reformas regulatorias suelen ser necesarias para complementar la liberalización al comercio³⁷⁰. Además, se debe tener en cuenta que la identificación y medición del impacto restrictivo de estas barreras es más complicado que el caso de los bienes (cuotas y aranceles). Finalmente cabe recordar que la regulación es necesaria en la política económica y comercial, e implica un costo en su cumplimiento para los proveedores de servicios que muchas veces es necesario, sin embargo algunos de estos costos podrían evitarse con una regulación más coordinada e inteligente.

³⁶⁷ Vid. DEARDORFF, A. V. Y STERN, R. M., "Empirical Analysis of Barriers to International Services Transactions and the Consequences of Liberalization", *op. cit.*, p. 178.

³⁶⁸ El proteccionismo en el CIS implica la imposición de restricciones a la importación extranjera con el objetivo de restringir el acceso al mercado, pueden ser tanto medidas en frontera como detrás de la frontera. Las medidas proteccionistas en general incluyen varios tipos de medidas. Una primera categoría incluye a los aranceles de importación y otras medidas basadas en precios, una segunda categoría son las medidas que incluso situadas en la frontera son instrumentos no basados en el precio (medidas no arancelarias en frontera); la tercera categoría conlleva las medidas de política nacional, es decir regulaciones nacionales y prácticas que pueden tener un efecto restrictivo si no se aplican uniformemente a los bienes y servicios nacionales y extranjeros. En esta categoría están ubicadas las medidas y prácticas como impuestos, créditos de competencias y políticas de inversión, políticas industriales, políticas macroeconómicas (control de precios, incentivos fiscales, políticas de compras públicas, monopolios estatales del comercio, subsidios a la exportación), barreras técnicas al comercio (regulaciones, normas técnicas, pruebas y procedimientos de certificaciones), medidas sanitarias y fitosanitarias, y políticas ambientales. Esta categoría en la literatura es conocida como NTB, que es en esencia todo lo que no son aranceles. Vid. CROZET, M., MILET, E. Y MIRZA, D., "The Discriminatory Effect of Domestic Regulations on International Trade in Services: Evidence from Firm-Level Data", 1 October, Available at SSRN, 2013; DELIMATSIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*

³⁶⁹ Vid. DEARDORFF, A. V. Y STERN, R. M., "Empirical Analysis of Barriers to International Services Transactions and the Consequences of Liberalization", *op. cit.*, p. 179.

³⁷⁰ Vid. HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", *op. cit.*, p. 5.

b. Clasificación o tipología

Las regulaciones son diferentes a través de los subsectores de servicios y están basadas en las diferentes características de cada servicio³⁷¹. Su variedad hace difícil una clasificación en términos generales, por lo que las clasificaciones suelen tomar en cuenta algunas características de los servicios como es el caso de la clasificación realizada por HOEKMAN Y BRAGA³⁷².

También es usual el uso de la distinción entre barreras de carácter discriminatorio o no discriminatorio y barreras que afectan la entrada en el mercado nacional o el alcance de las operaciones de servicios, desarrollada por WARREN Y FINDLAY y DEARDORFF Y STERN³⁷³. Algunas veces suele necesitarse una clasificación específica dependiendo del propósito para el que la clasificación vaya a ser usada, en este sentido resalta la clasificación señalada por HARDIN Y HOLME respecto a las barreras que afectan a la IED en servicios³⁷⁴.

La primera identificación y clasificación de las barreras al comercio de servicios que se analiza es la realizada por HOEKMAN Y BRAGA, la hacen considerando que los servicios se caracterizan esencialmente por la simultaneidad en la producción y el consumo. Distinguen las siguientes barreras al CIS: cuotas, contenido local y prohibiciones; instrumentos basados en el precio; normas, licencias y adquisiciones; acceso discriminatorio a las redes de distribución³⁷⁵.

Cuotas, contenido local y prohibiciones³⁷⁶

³⁷¹ Ver por ejemplo la distinción de las barreras a los servicios bancarios realizada por MCGUIRE Y SCHUEDEL, relacionadas con la presencia comercial y otras restricciones. Por ejemplo incluye como restricciones relacionadas con la presencia comercial: las licencias de bancos relacionadas con requisitos prudenciales, sobre la inversión directa en base a la máxima participación de capital en un banco nacional existente, la entrada de nuevos bancos solamente mediante *joint ventures* con un banco nacional, limitaciones al movimiento de las personas, relacionado con los años que se pueden quedar los ejecutivos o especialistas. Vid. MCGUIRE, G. Y SCHUELE, M., "Restrictiveness on International Trade in Banking Services", en FINDLAY, C. Y WARREN, T. (eds.), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications*, London, New York, Routledge, 2000pp. 204-208.

³⁷² Vid. HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", *op. cit.*, p. 5 y pp. 288 ss. de la versión en la revista.

³⁷³ Vid. WARREN, T. Y FINDLAY, C., "Measuring Impediments to Trade in Services", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2000, pp. 57-84; DEARDORFF, A. V. Y STERN, R. M., "Empirical Analysis of Barriers to International Services Transactions and the Consequences of Liberalization", *op. cit.*, En lo siguientes apartados se explica con detalle la tipología de las barreras al CIS y su repercusión en las disposiciones del AGCS.

³⁷⁴ Vid. HOLMES, L. Y HARDIN, A., "Assessing barriers to services sector investment", en FINDLAY, C. Y WARREN, T. (eds.), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications*, London, New York, Routledge, 2000, pp. 52-70, pp. 40-43.

³⁷⁵ Vid. HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", *op. cit.* Luego revisado en un capítulo de libro. en HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", *op. cit.*, en p. 288.

³⁷⁶ Vid. HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", *op. cit.*, p. 5.

Las cuotas son restricciones cuantitativas que se suelen usar para restringir el CIS, se aplican sobre todo a los proveedores de servicios, en lugar de a los servicios en sí mismos, dada la intangibilidad e imposibilidad de almacenaje de muchos servicios. Son ejemplos destacados de restricciones cuantitativas en el transporte aéreo las especificaciones sobre las rutas autorizadas en las que pueden operar, número de asientos y vuelos que pueden brindar en un período de tiempo determinado las líneas aéreas involucradas³⁷⁵. Otro ejemplo son las especificaciones en el comercio marítimo sobre la participación en el volumen y flete del tráfico generado por el comercio entre dos países, con sujeción a la condición de que terceras compañías navieras tengan derecho a adquirir una parte significativa de dicho tráfico³⁷⁶.

Las restricciones de “contenido local” consisten en imponer un mínimo de cuota para que el servicio sea prestado nacional- o localmente, con el objetivo de salvaguardar la industria nacional, como es común en el sector audiovisual, se presentan estas limitaciones en cuotas de televisión, cine, radio, etc. Algunos países que presentan estas restricciones son la UE, Canadá, Brasil, China, Malasia, Corea, Egipto, etc.

Las prohibiciones se dan cuando el comercio de servicios se reserva por completo para los proveedores nacionales³⁷⁷, por ejemplo suele darse en el acceso al mercado del transporte de los bienes dentro de un país (ya sea por aire, carretera o agua) o en los servicios de telecomunicaciones básicas (telefonía de voz). En muchos países también se requiere que las actividades tales como servicios de asesoría legal, seguros, la educación, los servicios de asesoría de inversión estén a cargo de residentes o ciudadanos del país. Las prohibiciones pueden ser condicionales, esto es que un país puede decidir prohibir el comercio de servicios por ciertas razones de política exterior. Un ejemplo son las restricciones en el flujo transfronterizo de datos que ha sido llevado a cabo por varios países. Otro ejemplo son las restricciones relacionadas con redes informáticas como internet, se han establecido regulaciones relacionadas con infraestructuras de la información como por ejemplo las relacionadas con la protección de menores o la privación de derechos de propiedad aplicadas al ciberespacio, que pueden constituir barreras indirectas al CIS³⁷⁸.

³⁷⁵ En los acuerdos bilaterales de servicios que regulan el comercio internacional en los servicios de transporte aéreo permiten el servicio de transporte aéreo comercial entre sus territorios en cuanto cumplan este tipo de especificaciones.

³⁷⁶ Esto se establece en los acuerdos de distribución del cargamento, administrados por el Código Marítimo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). *Vid.* United Nations Convention on a Code of Conduct for Liner Conferences, 1974.

³⁷⁷ *Vid.* HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", *op. cit.*, p. 6.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 7.

Instrumentos basados en el precio:

Algunas barreras al comercio de servicios pueden ser equivalentes a los aranceles (*tariff-like*)³⁷⁹, estos son usados principalmente para limitar al comercio que se produce a través del movimiento transfronterizo de servicios o personas físicas. Toman la forma de tasas de visado e impuestos de entrada o salida o tasas discriminatorias de aterrizaje para las aerolíneas e impuestos portuarios. En la mayoría de los países las restricciones de este tipo son mínimas, por lo que las restricciones cuantitativas y las políticas de inmigración constituyen el principal medio para restringir el acceso a los mercados. Los aranceles a los servicios también se generan cuando se imponen a ciertos bienes en los que están incorporados los servicios o en bienes que son insumos necesarios en la producción de servicios. Un ejemplo de los primeros son películas, programas de televisión y programas informáticos en CDs, y ejemplos de los segundos son las computadoras, equipos de telecomunicaciones y publicidad específica o material promocional.

El control de precios³⁸⁰ implica la fijación de precios por agencias del gobierno o de organismos autorizados, y el monitoreo y aprobación de procedimientos relacionados. Con frecuencia tales controles implican que la prestación de servicios la realice el Estado o un monopolio autorizado. Los principales ejemplos de sectores sujetos a control de precios son los servicios de transporte aéreo, financieros, telecomunicación, imponiéndose frecuentemente un precio mínimo o máximo, se establece una regla o fórmula de precios o se requiere un precio uniforme. Algunas de estas restricciones regulatorias cuantitativas ("*tariff-like*") crean una escasez artificial. Los precios de los servicios son inflados, no porque ha subido el costo real de los recursos de producción, sino para que las empresas relacionadas sean capaces de ganar "rentas" económicas. Estas restricciones son parecidas a los impuestos, pero los ingresos van a los actores comerciales en vez del Estado. Se ha señalado que la liberalización de estas barreras generaría ganancias relativamente pequeñas asociadas con la mejor asignación de recursos, pero también se generarían efectos redistributivos asociados con la eliminación de las rentas a los titulares³⁸¹.

Los subsidios son otros instrumentos basados en el precio, se dan especialmente en los servicios de construcción, comunicaciones y transportes. Las estadísticas disponibles muestran que el transporte ferroviario es a menudo altamente subsidiado, con tasas de apoyo variables entre 15% y 180% del valor total agregado producido en este sector. En muchos Miembros de la UE fue cerca o más del 40% de valor sectorial añadido en la década de 1980³⁸².

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 7.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 8.

³⁸¹ *Vid.* DEE, P. Y FINDLAY, C., "Services: A 'Deal-maker' in the Doha Round?", *op. cit.*, p. 59, 61.

³⁸² *Vid.* HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", *op. cit.*, p. 9.

Normas, licencias y compras públicas³⁸³

Para poder prestar servicios, los proveedores a menudo deben obtener certificaciones o licencias, en particular para los servicios profesionales (servicios médicos, legales y contables) y determinados servicios empresariales como los servicios financieros. En los servicios profesionales las licencias requeridas son establecidas frecuentemente por autoridades del gobierno o por los colegios profesionales. En los servicios ambientales también se suelen establecer estándares ambientales que pueden influir en las actividades del servicio, especialmente el transporte y el turismo. Lo que puede restringir la entrada de extranjeros y por lo tanto el suministro de servicios. El transporte puede ser sometido a normas de eficiencia de emisión o de energía, y el turismo puede verse afectado por zonificación por motivos ambientales o restricciones del uso de la tierra o limitaciones en el número de visitantes que permite el acceso a un área determinada.

Los estándares o normas técnicas que afectan al comercio internacional de servicios se refieren sobre todo al no reconocimiento de servicios importados o adquiridos en el extranjero, así como el no reconocimiento de la certificación o calificación para el ejercicio profesional de los proveedores extranjeros de servicios. Estas normas técnicas pueden además ser discriminatorias, más costosas o estrictas para los proveedores de servicios extranjeros, afectando al consumidor, son por tanto necesarios los reconocimientos mutuos o reglamentaciones y normas técnicas uniformes.

Algunas de las restricciones al CIS aumentan el costo real del comercio, por ejemplo el requisito para los profesionales extranjeros de capacitarse en lugar de pasar un proceso de acreditación en el país donde pretenden realizar los servicios. En este caso la liberalización generaría un ahorro en los recursos reales, lo que podría aumentar los beneficios para los proveedores de servicios involucrados, así como reducir los costos para los usuarios³⁸⁴.

La contratación pública y las políticas de compras públicas también pueden discriminar en favor de los proveedores de servicios nacionales a través de prohibiciones de compra o márgenes preferentes. Ya que las compras gubernamentales constituyen una gran proporción del mercado en servicios tales como transporte y servicios financieros, de construcción, el impacto de estas políticas sobre el comercio de servicios puede ser importante. La falta de transparencia en las políticas de compra gubernamental u otras relacionadas podría constituir restricciones encubiertas por el favoritismo que se generaría³⁸⁵.

³⁸³ *Ibid.*, p. 9-10.

³⁸⁴ *Vid.* DEE, P. Y FINDLAY, C., "Services: A 'Deal-maker' in the Doha Round?", *op. cit.*, p. 59, p. 61. Este ejemplo podría ser el caso de ser una regulación no discriminatoria pero que podría estar restringiendo el CIS. Cae fuera del ámbito de los compromisos de acceso al mercado del AGCS, pero podría caer dentro de las disciplinas sobre reglamentación nacional que exigen que la regulación no sea "más onerosa de lo necesario".

³⁸⁵ En un estudio sobre las regulaciones sobre compras gubernamentales de EEUU, tiene una importancia alta como barrera al comercio de servicios en sectores tales como la educación, procesamiento

Acceso discriminatorio a las redes de distribución

El acceso y distribución de los sistemas de redes son muy importantes en sectores tales como servicios de comunicaciones, seguros, publicitarios, transporte aéreo y la comercialización por redes de distribución. Sin embargo existe discriminación en estos sectores, con la cual se favorece a los proveedores dominantes o monopolios. En el sector de las telecomunicaciones por ejemplo, se puede obligar a adquirir tipos específicos de equipos para el uso de redes, o construir infraestructuras adicionales para alcanzar más puntos de información. En los servicios de transporte aéreo se suele limitar o discriminar por ejemplo en la disponibilidad y acceso a los sistemas de reservas usados por las agencias de viajes locales, o a adecuados servicios terrestres de manejo de equipaje. En el sector de seguros se presentan restricciones en cuanto al marketing y publicidad³⁸⁸. La regulación adecuada puede permitir una mayor disponibilidad de interconexión a las redes existentes o permitir la información necesaria sobre las redes y su acceso.

La segunda clasificación realizada por DEARDORFF Y STERN³⁸⁹ se basa en las limitaciones que tienen las políticas liberalizadoras generales o no discriminatorias en el CIS, ya que muchas veces la reducción de la discriminación no tiene como resultado un mayor volumen de transacciones internacionales. Esto pasa cuando las regulaciones impiden directamente la entrada a cualquier proveedor de servicios nacional o extranjero, como en el caso de los monopolios; o incluso si se permite la entrada al mercado, pero existen regulaciones no discriminatorias, pueden afectar los costos de operación de los proveedores extranjeros, de manera diferenciada de las empresas nacionales³⁹⁰. Esta clasificación de las barreras regulatorias podría aplicarse a la mayoría de los servicios y distingue entre las regulaciones que se aplican al establecimiento del servicio y las que se aplican a sus operaciones; e interrelaciona esta clasificación con la distinción establecida entre las regulaciones discriminatorias y no discriminatorias.

Respecto a la primera distinción, ésta implica que en servicios algunas regulaciones pueden impactar a la entrada, éstas son por ejemplo las licencias y regulaciones de gestión administrativa, éstas se relacionan con los costos fijos. Otras regulaciones están más relacionadas con las operaciones en curso, como por ejemplo las normas ambientales, las medidas prudenciales, controles de precios, etc., las que están más relacionadas con los costos variables. La segunda distinción, entre las regulaciones que no son discriminatorias versus las discriminatorias fue planteada especialmente por la Comisión Australiana de Productividad. La idea central es que una parte importante de las regulaciones de servicios se aplican a todos los proveedores sin diferencia,

³⁸⁸ Vid. HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", *op. cit.*, p. 12.

³⁸⁹ Vid. DEARDORFF, A. V. Y STERN, R. M., "Empirical Analysis of Barriers to International Services Transactions and the Consequences of Liberalization", *op. cit.*, p. 179. Vid. también WARREN, T. Y FINDLAY, C., "Measuring Impediments to Trade in Services", *op. cit.*, pp. 59-60.

³⁹⁰ Vid. HOEKMAN, B., "Liberalizing Trade in Services: A Survey", *op. cit.* p. 17; FRANCOIS, J. Y HOEKMAN, B., "Services Trade and Policy", *op. cit.*, p. 17.

es decir son no discriminatorias, mientras que otras son discriminatorias contra los proveedores de servicios extranjeros.

La interrelación en estas clasificaciones se explica de la siguiente manera: Una regulación para todos los proveedores de servicios para realizar una determinada tarea podría elevar costos u operaciones de una manera no discriminatoria, en tanto que una regulación que requiere especial actuación por parte de los proveedores extranjeros y que se espera que lo realicen las empresas nacionales pasa a ser una barrera discriminatoria en las operaciones. Por ejemplo, una limitación en el número de empresas que pueden tener licencia, sin considerar su nacionalidad, podría ser una barrera no discriminatoria de entrada o inicio de establecimiento. En tanto que una limitación en el número de empresas que pueden obtener la licencia que favorece a los propietarios nacionales de las empresas sería una barrera regulatoria discriminatoria de inicio o entrada.

Interesa detenerse en la distinción entre barrera discriminatoria y no discriminatoria, esta distinción determina si una regulación determina cambios en la prestación solo de proveedores de servicios extranjeros o si la regulación conlleva costos y cambios en la prestación tanto de proveedores de servicios nacionales o extranjeros. Esto implica también que una regulación que impide el establecimiento de un nuevo proveedor de servicios, aunque esta regulación sea no discriminatoria, puede limitar el comercio y la competencia al favor de los proveedores domésticos involucrados. Otro aspecto importante que se deriva de esta clasificación es que no todas las regulaciones pueden ser vistas como proteccionistas, a pesar que ellas sirvan para reducir la importación de servicios. Estas regulaciones son legítimas en tanto son creadas para lograr ciertos objetivos sociales (como los vinculados con la salud, seguridad y medio ambiente o prevención de fraude u otras conductas) y entonces pueden no tener una intención proteccionista³⁹¹.

Del otro lado, la “no discriminación” puede no ser por sí misma suficiente para hacer que una regulación no sea proteccionista, si esta regulación requiere un estándar que no tiene un propósito legítimo, pero que tiene que ser cumplido por los proveedores nacionales y no por los extranjeros. Distinguir cuando una regulación es ilegítima puede no ser fácil, especialmente desde que ésta requiere usualmente algún tipo de conocimiento detallado del sector, que puede solamente ser conseguido por los que están dentro de las industrias, sin embargo sus prioridades no son desinteresadas³⁹².

HARDIN Y HOLMES identificaron de manera específica las barreras a la IED en servicios y la definieron como: “*any government policy measure which distorts decisions about where to invest and in what form ... policy measures such as limits on the level of foreign investment, or the need to*

³⁹¹ Vid. DEARDORFF, A. V. Y STERN, R. M., "Empirical Analysis of Barriers to International Services Transactions and the Consequences of Liberalization", *op. cit.*, p. 179, 183.

³⁹² *Ibid.*, p. 183.

go through costly and time-consuming screening processes to convince authorities that FDI in a project will be in the national interest, are considered barriers”³⁹³. Estas medidas que distorsionan el proceso de la IED en servicios se clasifican de acuerdo al propósito de la restricción. La UNCTAD identificó los principales tipos de barreras a la IED, 57 tipos distintos y las divide de manera amplia en barreras de entrada, barreras a la propiedad, y operaciones de las empresas extranjeras³⁹⁴. En base a esta identificación es que realizan clasificaciones más específicas para realizar análisis que cuantifiquen las barreras a la IED en servicios.

Algunas características comunes identificadas en la barreras a la IED son la aplicación de algunas formas de procesos de registro que implican varios grados de carga para el inversor extranjero; restricciones en el nivel o cuota de propiedad extranjera, especialmente, frecuentemente en el contexto de la privatización; uso generalizado de las valoraciones de “caso por caso”, basadas a menudo en criterios de interés nacional; uso generalizado de las restricciones a la propiedad y al control de la empresa (restricciones en los miembros de la junta directiva), especialmente en sectores como telecomunicaciones, radiodifusión, servicios bancarios; y uso relativamente limitado de requisitos de funcionamiento o controles de entrada en los sectores de servicios³⁹⁵.

Una clasificación temprana de las barreras discriminatorias es la dada por SNAPE en 1990, quien considera los diferentes modos de prestación de servicios, clasificación que luego se adoptaría en el AGCS. Señala que, dependiendo de la manera en que los servicios son comercializados, el CIS puede discriminar mediante barreras al movimiento de los proveedores de servicios, el movimiento de los receptores de los servicios, o del comercio en sí mismo³⁹⁶.

- Barreras al movimiento de proveedores de servicios son por ejemplo restricciones en el flujo de trabajadores para la construcción, restricción en la entrada de inversión extranjera, restricciones en el ejercicio de profesionales extranjeros en el ámbito nacional, impuestos para el aterrizaje o facilidades portuarios en empresas de transporte.
- Barreras al movimiento de los receptores de servicios tales como restricciones en el movimiento de residentes que viajan al extranjero para turismo o educación, restricciones en la entrada de equipos extranjeros para realizar servicios o reparaciones.

³⁹³ Vid. HOLMES, L. Y HARDIN, A., "Assessing barriers to services sector investment", *op. cit.*; HARDIN, A. Y HOLMES, L., "Services trade and foreign direct investment", *Industry Commission Staff Research Paper*, Australian Government Publishing Services, November, Canberra, 1997, p. 30 ss.; p. 52.

³⁹⁴ Vid. UNCTAD, "World Investment Report 1996: Investment Trade and International Police Arrangements", United Nations, New York, Geneva, 1996.

³⁹⁵ Vid. HOLMES, L. Y HARDIN, A., "Assessing barriers to services sector investment", *op. cit.*, p. 52.

³⁹⁶ Vid. SNAPE, R. H., "The Principles in Trade in Services", en MESSERLIN, P. A. Y SUAVANT, K. P. (eds.), *The Uruguay Round Services in the World Economy*, Washington, New York, World Bank and United Nations Centre of Transnational Corporation, 1990, pp. 5 -11, p. 7, nota 4. Toma en cuenta la clasificación realizada en 1985. SAMPSON, G. P. Y SNAPE, R. H., "Identifying Issues in Trade In Services", *World Economy*, vol. 8, no. 2, 1985, pp. 171-182.

- Barreras al comercio en sí mismo³⁹⁷ se refieren a las restricciones en el establecimiento de contratos de arquitectura en el extranjero, computación, contabilidad y otros; restricciones en la recepción de transmisiones electrónicas del extranjero, restricciones en el establecimiento de bancos o empresas de seguros en el extranjero; restricciones en el cambio de divisas extranjeras, requisitos de contenido doméstico en la radio, televisión, cine o teatro, y en servicios portuarios.

Los principios del GATT son más fácilmente aplicables en la tercera categoría de barreras³⁹⁸, pero ellos también se pueden aplicar a las barreras en la categoría primera y segunda. Cabe señalar que el AGCS se preocupa sobre todo de estas barreras no arancelarias, es decir de asegurar la no discriminación entre proveedores nacionales y extranjeros, y no se ocupa de reducir o armonizar las regulaciones entre los Miembros de la OMC. Sin embargo como se verá se van dando pasos hacia la cooperación en aspectos regulatorios no relacionados con la discriminación en el sector servicios³⁹⁹.

Tal vez la clasificación más importante para este estudio es la adoptada en el AGCS que distingue entre los impedimentos al CIS que pueden violar el trato nacional o limitar el acceso al mercado de conformidad con las disposiciones del AGCS.

Como recuerda DELIMATIS, esta es la división más común de las distorsiones al CIS⁴⁰⁰. Estas restricciones se realizan mediante políticas que impiden a los proveedores de servicios y consumidores interactuar a través de cualquiera de sus cuatro modos de prestación⁴⁰¹. El AGCS

³⁹⁷ Estas barreras son las más comparables al comercio de bienes, ya que los servicios han sido “desembodied” o separados. Se trata de restricciones en los factores de producción y no en el movimiento de los medios para prestar el servicios o en los receptores del servicio.

³⁹⁸ Estas barreras son las más semejantes al comercio en bienes, son servicios que han sido separados “desembodied”. Son semejantes a las barreras arancelarias o no arancelarias a movimiento de bienes, que son restricciones a los factores de producción y no en el movimiento de los medios para prestar el servicios o en los receptores del servicio.

³⁹⁹ Vid. HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services trade liberalization and regulatory reform: reinvigorating international cooperation", *op. cit.* Las principales propuestas del documento son: buscar que el gobierno cree mecanismos de cooperación para discutir las reformas regulatorias prioritarias del sector servicios, como precondition para la futura apertura del mercado. También propone un nuevo enfoque de negociaciones del AGCS en que los países se comprometen a mantener fijos los niveles de protección aplicados y un compromiso previo a reformar las políticas que afecten la IED en servicios y el movimiento de individuos proveedores de servicios.

⁴⁰⁰ Vid. DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 76 ss. Esta distinción fue identificada inicialmente por la UNCTAD y el Banco Mundial en UNCTAD Y WORLD BANK, "Liberalizing International Transactions in Services: A Handbook", *op. cit.*, capítulo IV y VIII; RAWORTH, P. M., *Trade in services: global regulation and the impact on key service sectors*, New York, Oceana Publications, 2005, Sección II - Basic International regulation of trade in services, p. 7.

⁴⁰¹ Vid. BOSWORTH, M., FINDLAY, C., TREWIN, R. et al., "BOSWORTH, M, FINDLAY, C y otros, Price-impact measures of impediments to services trade", en FINDLAY, C. Y WARREN, T. (eds.), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications*, London, New York, Routledge, 2000, pp. 42-51, p. 43.

disciplina estas distorsiones al CIS mediante dos principales disciplinas: el art. XVI que presenta la lista de medidas cuantitativas consideradas como limitación de acceso al mercado, y el art. XVII que se refiere al trato nacional⁴⁰².

Pero esta tipología de barreras al CIS, como se ha visto, es una creación abstracta ajustada a la noción de CIS que regula y protege el AGCS, como señala LANG, ciertos tipos de "governmental regulations" han tenido que ser recaracterizadas para configurarse como "barreras al comercio de servicios" a fin de poder tratarlos en los acuerdos internacionales⁴⁰³.

De esta manera, las barreras al comercio de servicios han sido construidas también a la luz de la noción adoptada de "trade in services"⁴⁰⁴ adoptado por el AGCS.

2. Barreras al comercio de servicios y los PED

a. Barreras al comercio de servicios en los marcos regulatorios de los PED

Como se ha visto, uno de los objetivos de la regulación y la reforma regulatoria, y por tanto de la agenda de gobernanza regulatoria, es fomentar una mayor apertura al mercado y aprovechar los beneficios de la liberalización⁴⁰⁵. Así el alcance óptimo las políticas regulatorias domésticas, se deben orientar a alcanzar las metas de política pública, en tanto que fomentan a la vez la liberalización del CIS. Para entender el rol de la liberalización y regulación eficiente en los PED es necesario conocer la tendencia en los marcos regulatorios y las barreras regulatorias del sector de los servicios en los PED.

El marco regulador en general y el de los servicios en particular en los países de la OECD se puede considerar que incluye tres elementos distintos pero relacionados entre sí, las normas reguladoras, órganos reguladores⁴⁰⁶ y proceso regulatorio. Las normas regulatorias definen las conductas permisibles que están contenidas en leyes, licencias, contratos o instrumentos similares. Los principales tipos de normas reguladoras en servicios públicos son las normas de control de entrada al mercado a fin de expandir las oportunidades de una prestación de servicios más

⁴⁰² Vid. HOEKMAN, B., "Tentative First Steps: An Assessment of the Uruguay Round Agreement on Services", World Bank Conference on The Uruguay Round and the Developing Economies, World Bank, World Bank Discussion Paper Series 307, Washington, DC, 1995; MATTOO, A., "National Treatment in the GATS: Corner stone or Pandora's Box?", *Journal of World Trade*, vol. 31, no. 1, 1997, pp. 107-135; SNAPE, R. H., "The Principles in Trade in Services", *op. cit.*; HOEKMAN, B. M. Y KOSTECKI, M. M., "The Political Economy of the World Trading System. The WTO and Beyond. Chapter 7: Trade in Services" New York, Oxford University Press, 2009, pp. 317-369. Ver detalles sobre el alcance entre las disposiciones.

⁴⁰³ Vid. LANG, A., "GATS", en BETHLEHEM, D., MCRAE, D., et al. (eds.), *The Oxford Handbook on International Trade Law*, 2009 p. 159.

⁴⁰⁴ Vid. KRAJEWSKI, M., "Services Trade Liberalisation and Regulation: New Developments and Old Problems", *European Yearbook of International Economic Law*, vol. 1, 2010, pp. 153-178, p. 161

⁴⁰⁵ Ver el apartado de Gobernanza regulatoria en el apartado II A de este capítulo.

⁴⁰⁶ Revision según MALYSHEV, N. A., "Regulatory Frameworks in OECD countries and their Relevance for India", *Public Governance and Territorial Development*, OECD, 2010.

competitiva (por ejemplo en servicios públicos o servicios de infraestructura). Respecto al control de precios, muchos países ha relajado la regulación intensiva de los precios, confiando más en las disciplinas competitivas impuestas por los mercados. En relación al control de la calidad, la regulación sobre la calidad es ahora en muchos países más dinámica, enfocada en el mercado y la competencia. Los órganos reguladores son responsables de administrar y hacer cumplir dichas leyes. Una política clave es la existencia de los agentes reguladores independientes. Estos órganos reguladores tienen un rol que es definido en base a varias consideraciones políticas e institucionales, considerando el riesgo de crear “gobiernos de miniatura”. El proceso regulatorio es emprendido o manejado por órganos regulatorios a fin de involucrar a los grupos de interés. Se desarrollaron diversos enfoques como el análisis de impacto regulatorios, audiencias formales regulatorias, consultorías especializadas, comités de asesoría, así como un rango de enfoques menos formales. Un aspecto clave es la transparencia, a fin de asegurar la responsabilidad, para dar seguridad a los grupos de interés e incrementar la predictibilidad e imparcialidad de las decisiones.

La OECD viene resaltando el problema y el reto que significan las llamadas barreras detrás de la frontera, regulaciones “*behind-the-border*”⁴⁰⁷ con objetivos políticos, pero que impiden el comercio (relacionadas con medio ambiente, protección del consumidor, salud, entre otros), barreras regulatorias comunes en los PED que se han identificado en este apartado. En este sentido, la OECD en un reciente informe⁴⁰⁸ ha identificado algunas de las debilidades de políticas, entre ellas de política regulatoria de cinco economías emergentes, generando algunas recomendaciones para lograr un crecimiento sostenido. La OECD identificó siete principios clave que deben guiar una regulación de calidad orientada desde la perspectiva de liberalización comercial y que son aplicados también en el sector de los servicios, que son relacionadas con la transparencia y apertura en el proceso de toma de decisiones, principios que reflejan los preceptos básicos que sustentan el sistema multilateral del comercio⁴⁰⁹. Sirven para valorar la extensión en la que el marco regulatorio de un país contribuye a la liberalización del comercio⁴¹⁰ y en el sector de los servicios.

En general en los PD se han hecho progresos hacia una política regulatoria eficiente orientada a la calidad que es crucial para beneficiarse de la liberalización del comercio internacional en general⁴¹¹ y del CIS en particular. Sin embargo, en muchos de estos países sigue

⁴⁰⁷ Vid. OECD, "Regulatory reform in the global economy: Asian and Latin America perspectives", Paris, 1998.

⁴⁰⁸ Vid. OECD, "Economic Policy Reforms: Going for Growth 2010", *Structural Policies - Indicators, Priorities and Analysis*, Paris, 2010.

⁴⁰⁹ Vid. OECD, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", *op. cit.*, p. 35, 36; OECD, "Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance", *op. cit.*

⁴¹⁰ Vid. CATTANEO, O., ENGMAN, M., SÁEZ, S. et al., (eds.), *International trade in services : new trends and opportunities for developing countries*. Washington, D.C., World Bank, 2010, p. 25.

⁴¹¹ Vid. OECD, "Regulatory reform for recovery: Lessons from implementation during crises", *op. cit.*, p. 16. Ver también el apartado anterior sobre las fases de las políticas regulatorias.

habiendo dificultades, se necesita fortalecer la competencia, mejorar el acceso al mercado y eliminar las trabas administrativas y burocráticas. En tanto, el debate sobre la real incidencia positiva de estas políticas regulatorias en términos de objetivos de política pública e incluso en términos de objetivos económicos se acentuó durante la crisis financiera y económica mundial, no solo en los PD sino también en los PED. Un ejemplo reciente de cambios en el sistema legal y del marco regulatorio orientado a impulsar una economía de mercado de los PED es el caso de China, cuyas reformas han estado impulsadas también por la internacionalización de las reformas regulatorias. Está creando marcos jurídicos y regulaciones orientados al establecimiento del derecho de propiedad, políticas de competencia, mecanismos de entrada, en tanto que uno de los retos pendientes es el establecimiento de un Estado de derecho y fortalecimiento de las instituciones regulatorias y procesos regulatorios adecuados. Son retos en los que la sociedad internacional institucionalizada quiere verse involucrada⁴¹², tal como ya lo ha hecho con otros países de Asia y América Latina cuando estaban en el proceso de sus reformas regulatorias orientadas a la apertura económica.

En este contexto, cabe mencionar que en muchos PED también existe la necesidad de continuar con una política regulatoria que permita una mayor apertura comercial y un desarrollo integral a la vez. Sin embargo, una pregunta importante es cómo se deben hacer estas reformas y qué características deben tener, en particular en tiempo de crisis, pero también de crecimiento de muchos PED. Para ello los PED deben identificar sus características regulatorias y principales impedimentos para el avance del CIS, y procurar una liberalización que vaya acorde a sus prioridades nacionales y los principios y prescripciones internacionales establecidos en el AGCS.

b. Barreras al comercio de servicios que afectan especialmente a los PED

Los PED deben afrontar importantes barreras en terceros países y en los mismos PED a fin de poder acceder al mercado de los servicios en estos países, así como en el desarrollo de sus actividades, estas barreras han sido definidas en apartados anteriores. En este apartado se analizan en concreto algunas de estas tendencias que podrían afectar a los PED, usando como referencia uno de los principales mercados para los PED que es la EEUU.

Respecto al marco de la UE para el comercio de servicios intracomunitario, se ha reconocido que los altos grado de regulación y heterogeneidad en los requerimientos legales y regulatorios en los Estados Miembros obstaculizan el comercio de servicios dentro de la UE⁴¹³. Se espera de la

⁴¹² Vid. Capítulo 4 “Enhancing Market Openness through Regulatory Reform” en OECD, *OECD Country Reviews on Regulatory Reform: China - Defining the Boundary between the Market and the State*, Paris, 2009.

⁴¹³ Vid. UNIÓN EUROPEA, *Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior*, 2006, cit. Según DE BRUIJN Y OTROS se estima que la adopción de la directiva de servicios podría incrementar el comercio intra-EU de servicios entre

Directiva de Servicios de la UE, cuando esté plenamente implementada, reduzca los impedimentos al comercio de servicios entre sus Miembros y tenga un impacto positivo en el comercio sectorial, la IED, y la productividad laboral⁴¹⁴. El régimen de comercio de servicios respecto a países no Miembros de la UE se rige más bien por los acuerdos de comercio internacional suscritos por la UE que cubren a los servicios. El principal es el AGCS que incluye la lista de compromisos, mediante la cual los Miembros indican los sectores, subsectores y modos de prestación de servicios que desean liberalizar. La UE también ha suscritos o está negociando acuerdos individuales con varios países o regiones en los que se incluyen disposiciones sobre servicios⁴¹⁵.

Las discusiones que rodean a la introducción de la Directiva de servicios internos de la UE incluyen el inventario de las barreras jurídicas y no jurídicas que afectan al comercio de servicios dentro de la UE. En este ejercicio de inventario, las barreras dentro de la UE⁴¹⁶ en materia de servicios fueron identificadas y clasificadas por la Comisión Europea⁴¹⁷ según la fase del proceso de prestación de servicios (establecimiento, acceso a insumos, aspectos de promoción, distribución, venta y post-venta de servicios). Muchas de las barreras legales identificadas han sido o están configurados para ser eliminado o disminuido sustancialmente para los Estados Miembros con la aplicación de la Directiva de servicios. Sin embargo, para proveedores de servicios de países no-UE, la mayoría de estas barreras son y siguen siendo relevantes.

Algunas de las más importantes barreras al comercio de servicios identificados para existir en la UE incluyen:

un 30% y 60% y la inversión dentro de la UE en un 20% a 35%. *Vid.* DE BRUIJN, R., KOX, H. Y LEJOUR, A., "The trade-induced effects of the Services Directive and the country of origin principle", CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, CPB Document, No 108, February, 2006. Sin embargo, otros estudios consideran que la versión final de la directiva que se alzando dada la reacción política y de los lobbies interesados, no tiene el suficiente alcance para beneficiar la liberalización de los servicios en la UE. *Vid.* PELKMANS, J., "The Internal Services Market: Between Economics and Political Economy", *EIPAScope*, vol. 2, 2007, pp. 9-16.

⁴¹⁴ *Vid.* VOGT, L., "The EU's Single Market: At your Service?", OECD, ECO/WKP(2005)36, Economics Department Working Paper No. 449, 7 October, 2005; KOX, H. Y LEJOUR, A., "Regulatory heterogeneity as obstacle for international services trade", *op. cit.*; COPENHAGEN ECONOMICS, "Economic Assessment of the Barriers to the Internal Market for Services – Final Report", January, Copenhagen, 2005; MONTEAGUDO, J., RUTKOWSKI, A. Y LORENZANI, D., "The economic impact of the Services Directive: A first assessment following implementation", *European Economy. Economic Papers* 456, June, Brussels, 2012.; NATIONAL BOARD OF TRADE IN SWEDEN, "Possible Effects of the Services Directive", June, 2012.

⁴¹⁵ Las negociaciones están en curso con: Euromed, el Mercosur, el Consejo de Cooperación del Golfo, México, Corea, India, Centroamérica, Pacto Andino, la ASEAN y los países ACP. Más información sobre estas negociaciones de la Comisión Económica está disponible en: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/economic-sectors/services/>. Estos acuerdos bilaterales o regionales tratan de negociar concesiones que van más allá de las incluidas en los acuerdos de la OMC (por ejemplo, las llamadas disposiciones OMC plus).

⁴¹⁶ *Vid.* VON LIMBURG, L., *EU Services Markets - Barriers and Opportunities for ACP Exporters*, Eschborn, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, 2010, p. 20-23

⁴¹⁷ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITY, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the state of the internal market for services presented under the first stage of the Internal Market Strategy for Services*, Doc. COM (2002) 441 final, 30 July 2002.

Dentro de las barreras legales cabe destacar⁴¹⁸:

- Reserva de actividades por motivos de estructura monopólica. Ejemplos típicos en la UE son los servicios postales y energéticos. Los servicios considerados utilidades públicas en los Estados Miembros pueden ser sujeto a monopolios o a sistema de concesiones.
- Cuotas que establecen el número de proveedores en el mercado. Las cuotas o reglas *numerus clausus* de la UE incluyen reglas sobre la superficie máxima permitida para los minoristas, la distancia geográfica entre los proveedores de determinados servicios, o límites al número de proveedores por habitante.
- Restricciones territoriales. Se refieren a las reglas que confinan la autorización para proporcionar ciertos servicios a una región o localidad – un proveedor puede ser obligado a buscar el establecimiento en varas ubicaciones incluso dentro del mismo Estado Miembro de la UE.
- **Nacionalidad y requisitos de residencia.** Comúnmente requeridas para accionistas, directivos y trabajadores de empresas de servicios, así como para algunas profesiones "reguladas".
- **Naturaleza burocrática del procedimiento de autorización y registro:** Los procedimientos de autorización son frecuentemente engorrosos y largos. Para ciertos sectores se requiere una prueba de una genuina necesidad, a veces basándose en criterios no transparentes. Los organismos que otorgan la autorización a veces están integrados por los proveedores de servicio involucrados ya en el mercado.
- **Requisitos en cuanto a la forma legal.** Incluyendo los requisitos mínimos de capital, topes o limitaciones de inversión y propiedad o la obligatoriedad de constituir *joint ventures* con inversionistas nacionales. En ciertos países de la UE son requisitos una cantidad mínima de empleados en ciertas actividades particulares. El establecimiento también puede necesitar tener un representante local. Para determinados sectores se permiten sólo algunas formas de establecimiento. También pueden aplicar límites a la nacionalidad de los miembros de la junta directiva.
- **Autorización previa para las inversiones.** Para poder invertir, proveedores de servicios extranjeros a menudo deben seguir procedimientos formales complejos para la solicitud de autorización.
- **Restricciones a la compra de bienes raíces.** Restricciones a las compras de bienes inmuebles a extranjeros pueden hacer el establecimiento de presencia comercial virtualmente imposible para los proveedores extranjeros.
- **Dificultades en el reconocimiento de las titulaciones profesionales.** El reconocimiento de diplomas o el ejercicio de profesiones reguladas es competencia de cada Estado Miembro. Los procedimientos para el reconocimiento de las calificaciones pueden ser largos y complejos, y varían de Estado a Estado. Además, se requieren pruebas de aptitud y pruebas de necesidad económicas para ejercer ciertas profesiones⁴¹⁹.
- **Requisitos de autorización previa en forma de licencias, *waivers* (exoneraciones) u otros permisos.** Para un número de sectores se podrían necesitar autorizaciones previas de las diferentes autoridades.

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ Para ciudadanos de la UE muchas de estas dificultades ya no existen después de la implementación de la nueva directiva de la UE para el reconocimiento de las calificaciones profesionales (UNIÓN EUROPEA, *Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales*, Doc. 2005/36/CE 2005). La directiva 2005/36/EC adoptada en 2005 y plenamente vigente desde Octubre 2007, regula el reconocimiento de calificaciones profesionales dentro de la UE. Busca fomentar el reconocimiento automático de las calificaciones de los profesionales de la UE y simplificar los procedimientos a fin de mejorar la movilidad laboral entre los Estados Miembros y en el Espacio Económico Europeo (EEE, es decir: la UE + Islandia, Liechtenstein y Noruega) y Suiza.

- **Restricciones a las comunicaciones comerciales y publicidad.** Como las prohibiciones de publicidad o reglamentos relativos al contenido, canales y lenguaje, que afectan a todos los nuevos participantes pero especialmente extranjeras ya que es probable que éstos tengan acceso a menos canales para dar a conocer sus servicios.
- **Regulaciones de precios.** La aplicación de precios fijos o precios máximos y mínimos para la prestación de determinados servicios en algunos países de la UE puede obstaculizar la entrada de competidores extranjeros.
- **Tratamiento fiscal preferencial para los servicios locales.** Regulaciones en algunos Estados Miembros permiten mejor tratamiento fiscal para la compra de los servicios prestados por proveedores locales.
- **Procedimientos para la asignación de contratos públicos.** Procedimientos de contratación y mecanismos encaminados a favorecer a los proveedores de servicios nacionales se han aplicado a menudo en la UE.
- **Regulaciones de subsidios.** Esquemas proporcionando subsidios a los proveedores de servicios nacionales han sido también parte del catálogo de regulaciones de países de la UE.

Barreras no-legales:

- **La falta de información sobre leyes y reglamentos.** La falta de conocimiento de los marcos jurídicos y normativos, dificultades para identificar a las autoridades competentes o seguir procedimientos no transparentes a menudo se combinan para disuadir a los proveedores extranjeros de servicios de entrar en los mercados comunitarios.
- **Limitaciones de idioma y las diferencias culturales.** No sólo en el momento de la prestación de servicios, sino también para hacer frente a las autoridades que regulan la entrada de servicios al mercado de la UE.
- **Falta de comprensión de los hábitos comerciales y consumidores.** LA Falta de comprensión de las preferencias y hábitos de los clientes de la UE debido entre otras cosas a las barreras del idioma, la distancia cultural y el acceso limitado a fuentes de información impide a potenciales proveedores de servicios extranjeros entrar con éxito en los mercados comunitarios.

Muchos de estos impedimentos actúan como barreras horizontales al comercio de servicios, afectando la prestación de servicios en todos los sectores, en particular aquellos relacionados con el establecimiento dentro de la UE y la mayoría de las barreras no legales.

Otros son particularmente relevantes para algunos sectores. Existen grandes diferencias en el grado de regulación que afectan a los sectores de diferentes servicios en la UE. Las regulaciones se presentan particularmente estrictas para los servicios de comunicación, servicios financieros, salud & servicios sociales y servicios de transporte. De hecho, estos sectores fueron excluidos de la Directiva comunitaria de servicios y comercio dentro de la UE en estos sectores y se rigen por regulaciones específicas. Muchos Estados se han reservado el derecho a mantener las medidas que se desvían de los principios de acceso de mercado (AM) y trato nacional (TN) del AGCS para un gran número de actividades pertenecientes a estos sectores a través de la mayoría de los modos de suministro, evidenciando aún más el alto grado de regulación normalmente existente en estos sectores.

En el presente estudio no se detallan las barreras sectoriales al comercio de servicios en la UE⁴²⁰. En la Tabla 3 se presentan de manera ilustrativa ejemplos de cómo algunas barreras se aplican a determinados sectores en el ámbito de la UE, tomando como base el listado de compromisos de la UE en el AGCS⁴²¹.

⁴²⁰ El análisis detallado de las barreras en los distintos sectores de servicios en algunos de los países requiere un análisis detallado de la regulación nacional de ellos, lo que no es objeto de este estudio.

⁴²¹ *Vid.* OMC, Listado de Compromisos de la UE en el AGCS, disponible en <http://tsdb.wto.org/default.aspx>.

Tabla 3: Restricciones al comercio de servicios en sectores seleccionados en la UE (de conformidad con los compromisos del AGCS)

Service Sector ¹⁰	Examples of Restrictions
Business	<p>Legal and accounting service providers might be subject to legal form restrictions, joint ventures or ownership cap requirements (AT,DE, FR,IT,LV) and citizenship/residency requirement (SE, FI, LV,PL,EL).</p> <p>Most EU countries reserve themselves the right to deviate from MA and NT provisions for auditing services across all modes.</p> <p>Architectural services provided abroad ruled by national fee system (DE). Most EU countries reserve themselves the right to deviate from MA and NT provisions for architectural and engineering services under mode 4.</p> <p>Medical, dental and midwife services may be subject to economic need tests (DE, SE, UK) or nationality/residency requirements (DE, DK, CZ, FR, IT, LV, PL, SK). Most EU countries reserve themselves the right to deviate from MA and NT provisions for medical, dental and midwife services (specially for modes 1, 3 and 4). This is also the case for veterinary services and for those provided by nurses, physiotherapists and other paramedical personnel.</p> <p>Supply of pharmaceutical products to the public is subject to economic needs tests (BE, DK, IE, PT, ES, IT) or quotas and restrictions (DE, FR).</p>
Construction & Engineering	<p>Some EU countries reserve themselves the right to maintain measures and regulations inconsistent with MA and/or NT principles (CY, CZ, EL, HU, IT, SK) for mode 3. All member states reserve themselves the right to maintain measures inconsistent with MA and NT principles for mode 4, as ruled by horizontal commitments. Other specific limitations include:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Exclusive rights for construction and maintenance of highways (IT,PT) - Authorization for commercial service suppliers (CSS) might be subject to economic needs test (FR, UK) additionally to the university degree and minimum professional experience requirements. - Permits granted to CSS may not exceed 6 months (FR)
Education	<p>Some EU member states reserve themselves the right to apply measures inconsistent with MA and/or NT principles (CY, CZ, FR, FI, HU, MT, PL, SE, SI, SK) for modes 1 and 3. Some specific limitations include:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Authorization/licenses required for education institutions (CZ, HU, SK) - Needs test required to open a university (ES, IT) - Education providers must be nationals (FR, DK) - For mode 4, all member states reserve the right to apply measures that deviate from MA, NT principles.
Transportation	<p>All EU member states reserve themselves the right to maintain measures and regulations inconsistent with MA and/or NT principles across most of the sector and modes. Restrictions especially apply to passenger and freight transportation by sea, air, road and rail and to internal waterway services. Most notable exceptions are LV and MT, which have scheduled no MA/NT limitations for passenger maritime services under modes 1, 2 & 3. Only for very specific activities MA/NT principles apply in some countries. For example, AT, EE, HU, LV, PL scheduled no MA/NT limitation to aircraft maintenance. Sales, marketing and computer reservation for air transportation services are subject to no MA/NT limitations except in CY, CZ, HU, LV, LT, MT, PL, SK. Otherwise highly regulated sector.</p>

CAPÍTULO TERCERO:

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL AGCS Y LOS PAÍSES EN DESARROLLO

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) es el primer acuerdo multilateral de vocación universal sobre el comercio de servicios, que disciplina uno de los ámbitos económicos y comerciales más importantes y de más rápido crecimiento a nivel mundial tanto en los PED como en los PD. Fue recogido en el Anexo 1B del Acuerdo de Marrakech que establece la OMC¹ y que entró en vigor el 1 de enero de 1995 como parte integrante de la Acuerdo por el que se establece la OMC².

El Acuerdo abarca todo el comercio de servicios excepto los derechos de tráfico aéreo (regulado mediante acuerdos bilaterales sobre servicios aéreos que confieren derechos de aterrizaje) y los servicios comprados o prestados en el ejercicio de la autoridad gubernamental. Acorde con la generalidad de la doctrina, son tres los pilares³ en los que se sustenta el AGCS:

Un marco legal que contiene las obligaciones y disciplinas fundamentales, los listados de compromisos nacionales y los anexos sobre cuestiones especiales o sectores individuales.

¹ Acuerdo General del Comercio de Servicios, 15 de abril de 1994, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Anexo 1B, 33 *International Legal Materials (ILM)* 1125, 1986, reimpresso en: OMC, *Los Textos Jurídicos - Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales*, Ginebra, Organización Mundial del Comercio, 2010. Resalta por su carácter innovador, al ser la primera vez que se extiende un marco legal multilateralmente acordado, con compromisos y reglas legalmente vinculantes en el área del comercio internacional de servicios.

² Vid. FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", en MACRORY, P. F. J., APPLETON, A. E. Y., et al. (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer, 2005, pp. 802-953, en p. 802; LOW, P. Y MATTOO, A., "Is there a Better Way? Alternative Approaches to Liberalization under the GATS," en SAUVÉ, P. Y STERN, R. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, DC, Brookings Institution Press, 2000, pp. 449-472.

³ Vid. ALEXANDER, K. Y ANDENAS, M., *The World Trade Organization and trade in services*, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008; SAUVÉ, P., "Assessing the General Agreement on Trade in Services - Half full or Half Empty?", *Journal of World Trade*, vol. 29, no. 4, 1995, pp. 125-145; SAUVÉ, P., *Trade rules behind borders: essays in services, investment and the new trade agenda*, London, Cameron May, 2003, p. 22; NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, FONDO MONETARIO INTERNACIONAL et al., "Manual de Estadísticas del Comercio Internacional de Servicios", *Serie M 86*, DEPARTAMENTO DE ASUNTOS SOCIALES Y ECONÓMICOS, DIVISIÓN DE ESTADÍSTICA (ed.), ST/ESA/STAT/SER.M/86, Ginebra, Luxemburgo, Nueva York, París, Washington, ONU, 2003. Según FEKETEKUTY, son tres los niveles en que el AGCS trata el impacto de las regulaciones en la restricción del comercio: mediante disposiciones generales en regulación doméstica, anexos sectoriales en la regulación de sectores concretos y la negociación de compromisos en regulaciones que afectan al comercio, *vid.* FEKETEKUTY, G., "Assessing and Improving the Architecture of GATS (Chapter 4)", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, Brookings Institution Press, 2000, pp. 85-111.

El primer pilar comprende las obligaciones fundamentales del Acuerdo, que incluye la definición de servicios y alcance del Acuerdo, las obligaciones generales, las obligaciones específicas o compromisos específicos, los aspectos sobre la liberalización progresiva del comercio de servicios y las disposiciones institucionales y finales. Estos derechos y obligaciones son de dos tipos. En primer lugar contiene obligaciones generales aplicadas a todos los servicios, que incluyen disciplinas sobre tratamiento de NMF, transparencia, regulaciones o reglamentaciones nacionales, reconocimiento de titulaciones, acuerdos de integración económica, monopolios, prácticas empresariales, pagos y transferencias, así como disposiciones relativas a las excepciones generales y excepciones de seguridad. En segundo lugar el AGCS contiene obligaciones específicas relacionadas solo con los compromisos realizados en virtud del Acuerdo. Estos compromisos específicos y posteriores compromisos adicionales incluyen la garantía de acceso al mercado (AM) y tratamiento nacional (TN) del CIS. Los Miembros deben suscribir un listado de compromisos en el que se obligan a aplicar las obligaciones de acceso a mercado del art. XVI y de trato nacional del art. XVII, salvo las limitaciones previstas en sus respectivos listados.

El segundo pilar comprende los listados de compromisos nacionales sobre AM y TN, en ciertos sectores de servicios o modos de suministro específicos. Éste es el elemento central de las negociaciones periódicas del AGCS, que tienen como objetivo la liberalización del CIS.

El tercer pilar consiste en un conjunto de anexos que se ocupan de aspectos sectoriales específicos (los servicios financieros, las telecomunicaciones, transporte aéreo) o aspectos horizontales (las exenciones de NMF, movimiento de los proveedores del servicio).

El AGCS contiene también un mandato para realizar una nueva ronda de negociaciones sobre liberalización de servicios que se ha incorporado dentro de la Ronda de Doha iniciada en el 2001 y que sigue sin concluir. También están en curso dentro de la Ronda de Doha negociaciones sobre disciplinas relacionadas con las compras gubernamentales, medidas de salvaguarda, subsidios y reglamentación nacional⁴.

El AGCS constituye un paso muy importante hacia un comercio global de servicios más liberalizado, más predecible y transparente, el cual ha recibido comentarios y valoraciones diversas sobre su contenido e implicancia⁵. El Acuerdo crea estabilidad jurídica, que favorece el crecimiento

⁴ Vid. GOODE, W., *Dictionary of trade policy terms*, fourth ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 149.

⁵ Sobre varios aspectos generales del AGCS, *vid.* entre otros ADLUNG, R. Y MATTOO, A., "The GATS", en MATTO, A., STERN, R., et al. (eds.), *Handbook of International Trade in Services*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 49-82; ARUP, C., "The General Agreement on Trade in Services (chapter 4)" *The New World Trade Organization Agreements Knowledge Agreements*, London, Cambridge, 2008, pp. 165-226; FINDLAY, C., "Introduction to the regulation of services", en BANKS, G., FINDLAY, C., et al. (eds.), *Achieving Better Regulation of Services*, Canberra, Australian National University, Productivity Commission and Australian National University, 2000, pp. 9-29; FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*; KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in*

del CIS y da las bases para una progresiva liberalización del sector. Si bien es cierto que el AGCS tiene una estructura compleja, con obligaciones que se aplican a diferentes niveles, esto conlleva también que el AGCS tenga un alcance y cobertura amplia. Por ende, su contenido es flexible⁶ así como también lo es en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones.

Un aspecto positivo importante es que el Acuerdo reconoce las características y necesidades especiales de los PED, tanto en su Preámbulo como en varias de sus disposiciones, en tanto que recientemente se ha acordado la posibilidad de aplicar un tratamiento especial diferenciado para los PMA⁷.

Sin embargo, un problema importante para los Miembros y en particular para los PED es la dificultad en la comprensión de las disposiciones y mecanismos contenidos en el AGCS, ya que el contenido y la forma en que éstos han sido planteados son complejos⁸.

Esta complejidad se debe entre otras razones a la tecnicidad y las especificidades en las características de los diferentes sectores de servicios. Asimismo se observa cierta ambigüedad en algunas de sus disposiciones clave, lo que mina el valor y la efectividad de los compromisos⁹. Esta

Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2003; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., "Comercio internacional de servicios" *Sistema de Derecho económico internacional*, Madrid, Civitas, 2010; SEGURA SERRANO, A., "El comercio internacional de servicios", en HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. Y ROLDÁN BARBERO, J. C. (eds.), *Derecho internacional económico*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 143-162; GOODE, W., *Dictionary of trade policy terms*, op. cit.; RAWORTH, P. M., *Trade in services: global regulation and the impact on key service sectors*, New York, Oceana Publications, 2005; TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., "Trade in Services (Chapter 12)", en TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R. (eds.), *The Regulation of International Trade*, London - New York, Routledge, 2005, pp. 349-396; PANIZZON, M., POHL, N. Y SAUVÉ, P., *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, *World Trade Forum (World Trade Forum 2006)*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2008; MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, The Netherlands, Kluwer, Law & Business, 2010; WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C., *WTO - Trade in Services*, 6 vols., vol. 6, *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008; WTO, *A Handbook on the GATS Agreement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; HOEKMAN, B., "Assessing the General Agreement on Trade in Services", en MARTIN, W. Y WINTERS, A. (eds.), *The Uruguay Round and the Developing Economies*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 88-124; LANG, A., "Trade in services" *World trade law after neoliberalism : re-imagining the global economic order*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 273-312; MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T. J. Y MAVROIDIS, P. C., "Trade in Services (chapter 16)" *The World Trade Organization: law, practice, and policy*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 601-696; MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)", *European Journal of International Law*, vol. 22, no. 3, 2011, pp. 689-721; SAPIR, A., "The General Agreement on Trade in Services - From 1994 to the year 2000", *Journal of World Trade*, vol. 33, no. 1, 1999, pp. 51-66; STEPHENSON, S. M., (ed.), *Services Trade in the Western Hemisphere: Liberalization, Integration and Reform*. Washington, D.C, Brookings Institution Press and General Secretariat of the OAS, 2000; SAUVÉ, P., "Assessing the General Agreement on Trade in Services - Half full or Half Empty?", op. cit.

⁶ Vid. ADLUNG, R. Y MATTOO, A., "The GATS", op. cit., pp. 48-56.

⁷ Vid. OMC, *Trato preferencial a los servicios y los proveedores de servicios de los países menos adelantados*, Decisión de la Conferencia Ministerial de Ginebra de 17 de diciembre de 2011, Doc. WT/L/847, 19 de diciembre 2011. Nota sobre el *waiver* para los PMA en servicios. TN/S/37?

⁸ Sobre la compleja estructura vid. ADLUNG, R. Y MATTOO, A., "The GATS", op. cit., pp. 48-83.

⁹ Vid. FEKETEKUTY, G., "Assessing and Improving the Architecture of GATS (Chapter 4)", op. cit., p.

imprecisión refleja la falta de acuerdo entre los Miembros sobre la forma y magnitud que debería tener la liberalización de los servicios, lo que les llevó a elaborar en el marco del AGCS disposiciones bastante generales y algunas veces incompletas.

Otro aspecto resaltante sobre la estructura del AGCS es su carácter inacabado, existen previsiones que se prevén desarrollar en el futuro orientadas a continuar con las negociaciones de liberalización y así como otras disposiciones respecto de las cuales las negociaciones de servicios buscan determinar el alcance de ciertas normas, como las medidas de salvaguardia, emergencia, subsidios, compras gubernamentales y en particular las disposiciones sobre la reglamentación nacional¹⁰. En este sentido, WAINCYMER, en una temprana valoración, consideró el AGCS como un Acuerdo “primitivo”, afirmando que es “*a primitive legal document both in detail and in coverage because of the amount that remains to be negotiated and the decision to use positive lists for the scheduling of commitments.*”¹¹ WAINCYMER añade que mucho dependerá del progreso en la Ronda actual de negociaciones. El AGCS se debe entender en ese sentido como un Acuerdo “primario” o muy “de bases”.

Varios comentaristas más partidarios a una mayor liberalización de los servicios, si bien resaltaron el logro del AGCS al crear por primera vez disciplinas en este sector, consideraron también que ha sido, en gran medida, insuficiente en cuanto al logro de una efectiva liberalización. Las críticas enfatizan en la estructura del AGCS, en tanto que permite a los Miembros no comprometer el “*estatus quo*” de su liberalización en muchos sectores de servicios¹². SAUVÉ apuntaba ya en 1995 que la credibilidad del AGCS como instrumento multilateral de liberalización dependerá en gran medida de la voluntad política de sus Miembros para abrir sus mercados en el futuro y hacer cambios en la estructura de AGCS¹³.

Desde distintas entidades sociales se suele criticar, por el contrario, el amplio alcance del AGCS y su potencial restricción en los intereses de las políticas públicas. El Centro Canadiense de Políticas Alternativas señalaba: “*The GATS is a deservedly controversial agreement. Its broadly*

¹⁰ Vid. entre otros SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftovers", *Aussenwirtschaft*, vol. 57, no. 3, 2002, pp. 301-341; DÍAZ MIER, M. A., *DEL GATT A LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO*, MADRID, SÍNTESIS, 1996, p. 307; JACKSON, J. H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., The MIT Press, 1997, p. 307. JACKSON especula que las negociaciones de servicios pueden durar al menos 50 años e incluso algunas no terminar.

¹¹ Vid. WAINCYMER, J., "Implementation of the World Trade Organisation Agreement in Australia", en JACKSON, J. H. Y SYKES, A. O. (eds.), *Implementing the Uruguay Round*, Clarendon Press, 1997, pp. 285-332.

¹² Vid. HOEKMAN, B., "Assessing the General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 116.

¹³ Vid. SAUVÉ, P., "Assessing the General Agreement on Trade in Services - Half full or Half Empty?", *op. cit.*

*worded provisions give too much weight to commercial interests, constraining legitimate public interest regulation and democratic decision-making*¹⁴.

Tomando en cuenta estos elementos introductorios, este capítulo analiza el contenido jurídico y alcance del AGCS, en consideración al proceso de liberalización del CIS de los PED. En particular, se considera la flexibilidad del AGCS en su contenido y alcance y su función respecto al equilibrio que debe existir entre el proceso de reforma regulatoria orientada hacia la apertura comercial en los PED y la buena gobernanza regulatoria en los mismos.

En el estudio del AGCS se consideran tangencialmente algunas preocupaciones de los PED respecto al derecho de la OMC¹⁵. La primera preocupación es cómo y en qué medida su participación en el AGCS puede contribuir a su desarrollo, a la erradicación o reducción de la pobreza y a la agenda del desarrollo en general¹⁶. La segunda preocupación apunta a la posible intromisión de las disposiciones de la OMC en la política regulatoria doméstica y cómo esta interferencia podría repercutir invalidando o limitando sus políticas públicas prioritarias para el interés público¹⁷.

El análisis del régimen jurídico del AGCS desde la perspectiva de los PED, en este capítulo, se inicia con el estudio de los antecedentes del Acuerdo, enfocado a los intereses y participación de los PED en las negociaciones para la conclusión del AGCS. Luego se realiza un análisis de los principales elementos del AGCS, su alcance en general y el de sus principales disposiciones, desde

¹⁴ Canadian Centre for Policy Alternatives–National Office, <http://www.policyalternatives.ca>.

¹⁵ *Vid.* KRAJEWSKI, M., "Recognition, Standardization and Harmonization: Which Rules for GATS in Times of Crisis?", en PANIZZON, M., POHL, N., et al. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum (World Trade forum 2006)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 407-433, pp. 40-41. Sobre las preocupaciones de los PED y el Marco de la OMC existe abundante literatura, dentro de ellas cabe destacar: BROOKS, D. H., HASAN, R., JONG-WHA, L. et al., "Closing development gaps: Challenges and policy options", *Asian Development Review*, vol. 27, no. 2, 2010, pp. 1-28; CHANTAL, T. Y TRACHTMAN, J. P., *Developing Countries in the WTO Legal System*, New York, Oxford University Press, 2009; FINGER, J. M., "Developing countries in the WTO system: Applying Robert Hudec's analysis to the Doha Round", *World Economy*, vol. 31, no. 7, 2008, pp. 887-904; y el capítulo sobre "Trade in Services" en GUZMAN, A. T. Y PAUWELYN, J., *International trade law*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

¹⁶ Para una valoración crítica de la OMC desde la perspectiva del desarrollo, *vid.* entre otros CHIMNI, B. S., "The World Trade Organization, Democracy and Development: A View From the South", *Journal of World Trade*, vol. 40, 2006, pp. 25-34; LEE, Y.-S., *Economic development through world trade: a developing world perspective, Global Trade Law Series*, Netherlands; Frederick, MD, Kluwer Law International, 2008; ALESSANDRINI, D., *Developing countries and the multilateral trade regime: the failure and promise of the WTO's development mission*, Oxford; Portland, Or., Hart Pub., 2010; ROLLAND, S. E., *Development at the World Trade Organization*, Oxford, U.K., Oxford University Press, 2012. Esta preocupación parece ser más profunda en los PMA, en tanto algunos estudios apuntan que una mayor liberalización de comercio, en general, les perjudica más que les beneficia, *vid.* POLASKI, S., *Winners and losers : impact of the Doha Round on developing countries*, Washington, DC, Carnegie Endowment for International Peace, 2006.

¹⁷ Por la controversia pública que generaron los casos sobre mercancías *EEUU – Camarones, CE – Hormonas* y *CE – Productos Biotecnológicos (GMO)*, entre otros. No se acepta por el público en general que el comercio anule o incurra en reueltos e intrinsecamente en el AGCS la regulación doméstica u atino es una cuestión importante. Solamente son dos los casos sobre el AGCS: *México – Telecomunicaciones* y *EEUU – Juegos de azar*. Se relacionan con el impacto del AGCS en la regulación nacional.

la perspectiva de su contenido complejo, y como medio para promover el crecimiento y desarrollo de los PED. Se considera en particular la interpretación y el funcionamiento de los mecanismos de estas disposiciones, así como sus posibles incidencias en el proceso de liberalización del CIS y los marcos regulatorios nacionales de los PED¹⁸. Finalmente, se hace un especial énfasis en los principios y disciplinas que son más relevantes en el trato especial y diferenciado para los PED y en su posible impacto en su política regulatoria y se da especial interés a cuestión de si los servicios públicos caen dentro del alcance del AGCS y hasta qué punto pueden ser objeto de liberalización bajo este régimen.

I. ANTECEDENTES: LA PARTICIPACIÓN DE LOS PED EN LA CONCLUSIÓN DEL AGCS

Se deben tomar en cuenta tres significativos impulsos en la creación de normas internacionales relacionadas con el comercio de servicios, y por ende en la creación del AGCS. El primer impulso es el importante crecimiento del CIS tanto en los PD como en los PED, el que viene acompañado con el reconocimiento de que la actividad de servicios es susceptible de aplicación de conceptos e instrumentos legales y políticos del comercio internacional¹⁹. El segundo impulso es la tendencia neoliberal imperante en los años ochenta y noventa del siglo pasado, según la cual los sectores tradicionalmente regulados por monopolios (como los servicios energéticos, de telecomunicaciones o ferroviarios), dejaban de serlo para abrirse gradualmente a la competencia. Además, sectores que tenían regulaciones estrictas, por ser considerados de particular interés en la política pública, pasaron a tener menos regulaciones o regulaciones orientadas al mercado, como algunos de los llamados servicios públicos (servicios de salud, educación y seguros básicos). El tercer impulso radica en la aparición de nuevas tecnologías, especialmente las relacionadas con Internet. Junto con estas innovaciones se han creado formas antes no conocidas de CIS, como la banca por internet, la enseñanza a distancia, los servicios de salud telemáticos, la consultoría, atención técnica o gestión administrativa por internet, programa informáticos, entre otros. Estos elementos estimularon significativamente las negociaciones y adopción del AGCS.

Las negociaciones realizadas durante la Ronda Uruguay (1986–1994) con miras a la celebración del AGCS no fueron sencillas. Estuvieron marcadas por los divergentes puntos de vista de los Miembros, discrepancias sobre la naturaleza, alcance y complejidad de los servicios, así

¹⁸ En el siguiente capítulo, el estudio se ocupa detenidamente en los principios y disciplinas del AGCS relacionados más directamente con la regulación nacional, que son en este capítulo solamente mencionados, nos referimos en particular al art. VI que contiene normas de especial relevancia para determinar el impacto del AGCS en la política e instrumentos regulatorios nacionales de los PED.

¹⁹ Ver el capítulo I sobre el significado del Comercio Internacional de Servicios y la transformación de su conceptualización y regulación.

como la falta de información estadística en el sector de servicios. También fue relevante la cuestión de la dificultad de extender las normas del GATT para que abarcaran el comercio internacional de servicios²⁰. Una importante dificultad fue lograr que los PED consideraran que se estaba cumpliendo con el mandato de las negociaciones, es decir, que la expansión del comercio de servicios promoviera el desarrollo de todos interlocutores comerciales y en particular el de los PED. También fue difícil que los PED aceptaran que se cumpliría con el respeto a la legitimidad de sus marcos regulatorios nacionales vinculados con el sector de servicios²¹. Fue especialmente difícil llegar a un acuerdo entre la propuesta de los PD impulsada y liderada especialmente por los EEUU y la reserva que tuvieron muchos de los PED al inicio de las negociaciones relacionadas con el CIS en la agenda de la Ronda Uruguay²².

A fin de entender el rol de los PED en la creación del AGCS y cómo se alcanzó un consenso, se analizan a continuación los intereses y posiciones de estos países en las negociaciones del Acuerdo. Para ello se toma en cuenta dos etapas importantes en la consecución del AGCS, la primera etapa abarca el periodo comprendido desde el año 1980 hasta la reunión de Punta del Este de 1986, y la segunda comprende las negociaciones de la Ronda Uruguay realizadas de 1986 hasta 1994.

²⁰ Sobre el debate de los Miembros sobre si el comercio de servicios debería ser incluido en las negociaciones de la Ronda Uruguay, *vid.* REINA, J. V., "Services", en STEWART, T. P. (ed.), *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986–1992), Vol. II: Commentary*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1993, pp. 2346-2358; ZDOUC, W., "Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS" (PhD Thesis, Sant Gallen, 2002); ADLUNG, R., "Liberalizing Trade in Services: From Marrakech to Seattle", *Intereconomics*, vol. 34, no. 5, 1999, pp. 211-222.

²¹ *Vid.* RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, *Comunicación de Brasil*, Doc. MTN.GNS/W/3, 11 de marzo 1987, párr. 16, 17; RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, *Comunicación de India*, Doc. MTN.GNS/W/4, 11 de marzo 1987, párr. 7 y 8.

²² *Vid.* HOEKMAN, B., "Liberalizing Trade in Services: A Survey", *World Bank Policy Research*, DEVELOPMENT RESEARCH GROUP (DECRG) Y CENTRE FOR ECONOMIC POLICY RESEARCH (CEPR) (eds.), Working Paper No. 4030, October 1, Washington D.C., WORLD BANK, 2006, p. 2; ZDOUC, W., "Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS", *op. cit.*, p. ??; GIBBS, M., "Continuing the International Debate on Services", *World Trade Law*, vol. 19, no. 3, 1985, pp. 199-218, p. 201. HOEKMAN, B., "Developing Countries and the Uruguay Round, Negotiation on Services", *Policy Research Working Paper 1220*, Banco Mundial, 1996, Washington, DC, 1993, p. 4.; HUFBAUER, G. C. Y SCHOTT, J., *Trading for Growth, The Next Round of Trade Negotiations*, vol. 11, *Policy Analyses in International Economics*, Washington, Institute for International Economics, 1987, pp. 69 ss.; GATT, SERVICES, *Minutes of the Meeting Held on 17 October 1985*, Doc. MDF/26, 13 de diciembre 1985; GATT, SERVICES, *Minutes of the Meeting Held on 12 November 1985*, Doc. MDF/27, 10 de enero 1986.

A. Los PED antes la reunión de Punta del Este (1980–1986)²³

El inicio de las negociaciones multilaterales para la creación del AGCS fue complicado. En tanto que la propuesta para el inicio de las negociaciones fue sobre todo impulsada por EEUU con el importante apoyo institucional de la OCDE²⁴, los PED rechazaron, en conjunto, el inicio de las mismas²⁵. Liderado por EEUU, un grupo consultivo del GATT (“*Group of Eighteen*”) presentó en 1980 un informe recomendando que los servicios fueran una preocupación relevante para el GATT²⁶. Ésta fue la primera vez que se mantuvo una discusión realmente sustantiva sobre el comercio de servicios en el GATT.

El grupo de PED que presentaron mayor oposición a que las negociaciones del GATT incluyeran de alguna forma a los servicios fue el llamado G–10²⁷, liderado por Brasil e India, y que incluía a PED de gran influencia en las negociaciones²⁸. Otros PED que compartían algunas preocupaciones del G–10 fueron moderando sus posiciones, muchas veces cediendo a las presiones de EEUU. En tanto que Singapur y Hong Kong China fueron algunas de las excepciones dentro de los PED, ya que mostraron entusiasmo por las negociaciones, pues buscaban extender sus mercados exteriores en el sector bancario.

²³ Algunos de los primeros estudios sobre las negociaciones de servicios previos a Punta del Este incluyen: BHAGWATI, J. N., "Trade in Services and the Multilateral Trade Negotiations", *World Bank Economic Review*, vol. 1, no. 4, 1987, pp. 549-569; BHAGWATI, J. N., "International Trade in Services and its Relevance for Economic Development" *The Emerging Service Economy*, Pergamon Press, 1987, pp. 235-269; FEKETEKUTY, G., *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for negotiations*, American Enterprise Institute Trade in Services Series, Cambridge, American Enterprise Institute, Ballinger, 1988; GIBBS, M., "Continuing the International Debate on Services", *op. cit.*; HUFBAUER, G. C. Y SCHOTT, J., *Trading for Growth, The Next Round of Trade Negotiations*, *op. cit.*

²⁴ La OECD realizó importantes estudios sobre el CIS, haciendo algunas de las primeras aportaciones en temas relacionados con el CIS, sobre todo desde la perspectiva del impacto económico y comercial de los servicios. Lanzó también el programa de trabajo de comercio de servicios en 1980. Uno de los primeros trabajos fue el realizado por el grupo de alto nivel de expertos, *vid.* OECD, "Report by the High Level Group on Trade and Related Problems", OECD, Paris, 1972. Bajo la iniciativa de los EEUU, la OECD realizó trabajos iniciales compilatorios sobre varios tipos de barreras al comercio de servicios, luego el próximo paso fue realizar estudios sobre la aplicabilidad de los conceptos y técnicas de comercio en los servicios. Se concluyó con un trabajo que dio las bases para las futuras disposiciones conceptuales en las negociaciones de la Ronda Uruguay sobre servicios. *Vid.* OECD, "Elements of a Conceptual Framework for Trade in Services", OECD, Paris, 1987, citado en FEKETEKUTY, G., *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for negotiations*, *op. cit.* (Appendix: the history of a campaign: how services became a trade issue).

²⁵ *Vid.* REINA, J. V., "Services", *op. cit.*, p. 2355 ss.

²⁶ *Vid.* GATT, CONSULTATIVE GROUP OF EIGHTEEN, *Report of the Consultative Group of Eighteen to the Council of Representatives*, BISD 27th Supp., 71 (1979-1980), Doc. L/5066, 31 October 1980. FEKETEKUTY, G., *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for negotiations*, *op. cit.* (Appendix: the history of a campaign: how services became a trade issue).

²⁷ Estos países fueron los primeros promotores de la mayor resistencia, conocido como el G–5 (*Gang of five* – Argentina, Brasil, Egipto, India y Yugoslavia). Junto con Cuba, Nicaragua, Nigeria, Perú, y Tanzania; *vid.* MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)", *op. cit.*, p. 702.

²⁸ *Vid.* HOEKMAN, B., "Developing Countries and the Uruguay Round, Negotiation on Services", *op. cit.*, p. 4.

En la sesión de 1982, EEUU apoyado por Israel y los Países Nórdicos propuso el establecimiento de un grupo de trabajo sobre servicios. Los PED (representados por Argentina, Egipto, India y Cuba) se opusieron a esta propuesta, señalaron que no se había completado el proceso e intercambio de información, por lo que la creación de un grupo de trabajo para la negociación de un Acuerdo de servicios era prematura²⁹; la oposición también se basó en la falta de competencia legal del GATT en la materia³⁰. La Declaración Ministerial adoptada en la sesión de las partes contratantes del GATT en 1982 exhortó a que las partes contratantes con interés en el CIS realizaran una evaluación sobre sus sectores nacionales de servicios, a fin de realizar los intercambios de información y su examen en la próxima reunión de 1984³¹. Pero este llamado fue poco atendido por los PED que expresaron su oposición.

Los argumentos que explican esta posición inicial de los PED y en particular del G-10 abarcan los siguientes aspectos³²:

En cuanto a las consideraciones de carácter político-económico, los PED señalaban que los beneficios de la extensión de las normas multilaterales de comercio a los sectores de los servicios serían en la práctica solamente para los PD, ya que ellos tenían una clara ventaja comparativa en este sector. El centrar la atención de las negociaciones en los servicios disminuiría el interés por avanzar en la liberalización del comercio de bienes, con el consiguiente perjuicio para los PED, cuya ventaja comparativa residía en el comercio de bienes³³.

Los PD querían intercambiar concesiones sobre servicios a cambio de concesiones en bienes, es por ello que en posteriores etapas de las negociaciones la presión de los PED se orientaba hacia una completa separación de las negociaciones de servicios respecto a las negociaciones de bienes del GATT. Además los PED no estaban interesados en utilizar la liberalización de sus mercados de servicios como un *quid pro quo* para la apertura de los mercados de textiles de los PD, ya que para

²⁹ Ver las minutas de la reunión del Consejo, GATT, COUNCIL, *Minutes of Meeting*, Held in the Centre William Rappard on 6 - 8 and 20 November 1984, Doc. C/M/183, 10 December 1984, pp. 41-45.

³⁰ Vid. MARCONINI, M., "The Uruguay Round Negotiation on Services: An Overview", en MESSERLIN, P. A. Y SUAVANT, K. P. (eds.), *The Uruguay Round Services in the World Economy*, Washington, New York, World Bank and United Nations Centre of Transnational Corporation, 1990, pp. 19-26, en p. 19.

³¹ Vid. Declaración Ministerial GATT, CONTRACTING PARTIES, *Ministerial Declaration - Adopted on 29 November 1982*, Thirty-Eighth Session - [22-30 November 1982], BISD 29th Supp., Doc. L/5066, 29 November 1982.

³² Se ha considerado especialmente el estudio de MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)", *op. cit.*, p. 698; BHAGWATI, J. N., "International Trade in Services and its Relevance for Economic Development", *op. cit.*

³³ Los expertos del GATT no les ofrecieron razones convincentes para que dejen de preocuparse, a pesar que en el informe de 1985 se señala que no habría progreso en el sector de servicios sin un progreso sustancial en el comercio de bienes, y que cualquier intento de extender un planteamiento normativo en nuevas áreas de las relaciones económicas que permita el deterioro de las reglas para el comercio de bienes, carecería de toda credibilidad. Vid. Informe del Grupo de Expertos del GATT 1985, p. 46.

ellos la creación del Acuerdo Multifibras fue un acto ilegal, y no veían ninguna razón para pagar por su desmantelamiento³⁴.

El régimen de servicios en el marco de la OMC se ocuparía de sectores que inciden de forma importante en sectores relacionados con la infraestructura y sectores que son en general sensibles políticamente³⁵. Es así que una preocupación constante de los PED antes y durante la ronda de Uruguay fue el respeto de su regulación nacional en el sector de servicios y en sentido amplio el respeto a su soberanía nacional, para promover objetivos que consideran relevantes para su política pública nacional³⁶.

Desde el punto de vista de las estrategias de negociación, argumentaban que contaban con escasos recursos para negociar y seguir a la vez la agenda de bienes del GATT y servicios³⁷. Así como la falta de un “lobby” que tenga intereses en los servicios dentro de los PED, lo que limitaba el interés por el sector. Los PED adoptaron como una de sus tácticas para impedir la inclusión del tema recurrir a las divergencias que existían entre los PD, como las relacionadas con las cuestiones agrícolas entre los Estados Unidos y la UE³⁸.

Cabe destacar, en el análisis de este período, la actividad realizada por la UNCTAD³⁹, quien hizo un importante esfuerzo inicial para considerar los servicios desde una perspectiva

³⁴ Vid. MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)", *op. cit.*, p. 698.

³⁵ En este sentido BHAGWATI señalaba que es posible realizar progresos en sectores como los de banca y seguros que permitan a las empresas extranjeras operar bajo “reglamentaciones nacionales” sin comprometer el control de las infraestructuras. Sin embargo refiere también la importancia de la liberalización de sectores de infraestructura como el sector de telemática en Francia y que esto es importante para la evolución de la sociedad también para los PED, a pesar que países como India o Brasil parecían no reconocer que el control de este sector clave sea una cuestión que deba ampararse bajo un régimen internacional. Vid. BHAGWATI, J. N., "International Trade in Services and its Relevance for Economic Development", *op. cit.*

³⁶ Vid. RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, *Comunicación de Brasil*, Doc. MTN.GNS/W/3, 1987, *cit.*, párr. 10, 17; RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, *Comunicación de India*, Doc. MTN.GNS/W/4, 1987, *cit.*, párr. 8–10. SAPIR, A., "Trade in Services: Policy Issues for the Eighties", *Columbia Journal of World Business*, vol. 17, no. 3, 1982, pp. 77-83, p. 80; GIBBS, M. Y OGNITSEV, V., "International Trade", en UNITED NATIONS (ed.), *Beyond Conventional Wisdom in Development Policy, An Intellectual History of UNCTAD 1964-2004*, New York and Geneva, 2004, pp. 3-16.

³⁷ Vid. RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, *Comunicación de Brasil*, Doc. MTN.GNS/W/3, 1987, *cit.*, párr. 2.

³⁸ Vid. ABREU, M. P., "O Brasil na Rodada Uruguai do GATT: 1982-1993", en FONSECA JÚNIOR, G. Y NABUCO DE CASTRO, S. H. (eds.), *Temas de política externa brasileira II*, São Paulo, Paz e Terra, 1997p. 350.

³⁹ Cabe resaltar el documento UNITED NATIONS, UNCTAD SECRETARIAT, *Services and the Development Process*, Doc. TD/B/1008/Rev.1, 1985, preparado en respuesta a la resolución de la UNCTAD 159 (VI), que tiene el mandato de que la Secretaría de la UNCTAD continúe los estudios en cuestiones de servicios, incluidos entre otros el rol de los sectores en el proceso del desarrollo, manteniendo en vista el problema particular de los PMA. Se centró esencialmente en dos áreas: (i) el papel de los servicios en el crecimiento y el desarrollo de la economía nacional, haciendo hincapié en la situación en los países en desarrollo y (ii) las cuestiones relativas a los servicios en el contexto internacional pertinentes para el proceso

interdisciplinaria y orientada al desarrollo, sobre una base global en lugar de sectorial⁴⁰. La aportación de la UNCTAD constituyó un punto de apoyo para algunas de las cuestiones planteadas por los PED tendientes a evitar unas negociaciones en servicios⁴¹. Se destacaron aspectos tales como la importancia de considerar la cuestión del desarrollo en cualquier debate sobre servicios, la situación de inferioridad de los sectores de servicios en los PED y la dependencia en la importación de los servicios que parece estar relacionada con el desarrollo de los servicios en los PD⁴².

En noviembre 1984, finalmente, se institucionalizó el mecanismo de intercambio de información; a pesar de la posición reacia de los PED más contrarios, se llegaron a examinar 16 estudios⁴³. El debate duró hasta abril de 1985, cuando las partes contratantes instruyeron al Comité Preparatorio de identificar “*the subject matter, modalities for and participation in trade negotiations*”⁴⁴. Luego del trabajo del comité, en la reunión extraordinaria de Sintra de septiembre de 1985, EEUU logró contar con el respaldo de EU, Japón y Canadá en la propuesta de incluir a los servicios en las negociaciones del GATT, y se estableció un grupo para discutir las modalidades de una nueva Ronda⁴⁵.

En tanto los PED continuaban rechazando cualquier negociación sobre CIS, el G-10 a mediados de julio de 1986 presentaron dos borradores para la declaración ministerial y sus *adenda*,

de desarrollo. Comprende además aspectos relacionados con el fundamento de las regulaciones nacionales e internacionales sobre los servicios, la cooperación existente y el actual debate internacional sobre servicios”. Las recomendaciones que dan son de tipo *soft law* y sugieren que en cualquier marco de cooperación multilateral para el desarrollo del comercio de servicios se deben establecer metas específicas en las áreas de investigación y entrenamiento, financiamiento externo, principios en migración, comisiones de estudios sobre el rol de los servicios en el desarrollo, y buscar la forma de obtener datos sobre servicios mejores y más armonizados, tanto a nivel nacional como internacional.

⁴⁰ Según lo señalado por el representante de la UNCTAD en la reunión sobre servicios del 24-26 de marzo de 1986. Vid. GATT, SERVICES, *Draft Minutes of the Meeting Held on 24-26 March 1986*, Doc. MDF/W/62, 25 April 1986.

⁴¹ En este sentido un representante de la India señaló que el documento corrobora el punto de vista de su delegación, señalando que “*it was inappropriate to discuss services without taking into account its role in growth and development, since such an approach would be partial and incomplete*”. El representante de Brasil señaló que el documento ilustraba “*why the developing country perspective on services necessarily differed from that of developed countries, including the issue of dependence*”. El representante de Malasia señaló que “*it was important to study development aspects in view of the fact that developing countries such as his own were in an infant industry situation in the field of services*”. *Ibid.*, párr 7.

⁴² En este sentido, el representante de la UNCTAD, Murray GIBBS, confirmaba que “*certain key services which were linked to the ability to absorb technology and human capital and to the ability to conceive, design and innovate, were crucial to retain an overall comparative advantage in both goods and services. As these skills had not yet evolved in developing countries, their importation could impede the evolution of the human capital necessary for development and thus condemn the developing countries to perpetual dependence in these areas*”. *Ibid.*, párr. 11.

⁴³ Vid. MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., “The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)”, *op. cit.*, p. 700.

⁴⁴ Vid. REYNA, J. V., “Services”, en STEWARD, T. P. (ed.), *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992)*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1993, pp. 2335-2661, en p. 2335, 2355.

⁴⁵ Vid. BRADLEY, A. J., “Intellectual Property Rights, Investment, and Trade in Services in the Uruguay Round: Laying the Foundations”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 23, no. 1, 1987, pp. 57-98, p. 78-79. GATT COUNCIL, GATT Doc. BISD/9/S, pp. 8-9.

en estos documentos reafirmaba su posición, en tanto consideraban que aún no era el momento para incluir a los servicios en negociaciones multilaterales⁴⁶. Cabe resaltar que los miembros del G-10, especialmente Brasil e India, tenían en este momento una arraigada política estatista conservadora, a lo que algunos autores atribuyen en parte su posición extrema en este periodo de negociación⁴⁷.

Las partes contratantes alcanzaron en septiembre de 1986 el acuerdo para la inclusión de los servicios en las negociaciones, lo que se constituyó en un objetivo de la Declaración Ministerial de la Ronda Uruguay adoptada en Punta del Este⁴⁸.

La obtención del acuerdo en Punta del Este y la aceptación de los PED a un inicio formal de negociaciones sobre servicios parecen responder dos elementos. Primero, la presión de EEUU que prefería un fórum de negociaciones para los servicios que estuviera dentro de la estructura institucional del GATT y amenazaba con políticas proteccionistas, así como el aumento de PD que se acercaban a esta postura⁴⁹. Muchos PED estaban en una posición de dependencia respecto a las instituciones financieras internacionales como el FMI, lo que los llevó también a retroceder en sus posiciones en contra de las negociaciones del GATT, incluidas las de los servicios⁵⁰. Segundo, la posición mediadora del grupo de países denominado “*Café au Lait*”, grupo liderado por Colombia y Suiza, cuya posición fue convencer tanto al G-10 como a EEUU, la UE y los países Miembros de la OCDE de las posibilidades de avanzar en el tema del CIS por separado del resto de temas de la

⁴⁶ Vid. GATT, PREPARATORY COMMITTEE, *Draft Ministerial Declaration*, Doc. PREP.COM(86)W/41, 23 June 1986; GATT, PREPARATORY COMMITTEE, *Draft Ministerial Declaration - Revision*, Doc. PREP.COM(86)W/41/Rev.1, 16 July 1986; GATT, PREPARATORY COMMITTEE, *Communication from Brazil - Addendum*, Doc. PREP.COM(86)W/41/Rev.1/Add.1, 22 July 1986.

⁴⁷ Vid. SRINIVASAN, T. N. Y TENDULKAR, S. D., *Reintegrating India with the World Economy*, Washington, DC, Institute for International Economics, 2003.

⁴⁸ Declaración Ministerial de la Ronda Uruguay, de 20 de septiembre 1986, GATT, PRESS RELEASE, *Ministerial Declaration on the Uruguay Round*, Doc. GATT/1396, 25 September 1986. Mediante el cual partes decidieron iniciar las Negociaciones Comerciales Multilaterales (la Ronda Uruguay). Esta declaración refleja el compromiso de los Miembros hacia el avance de las negociaciones de servicios. La Declaración Ministerial de la Ronda Uruguay, (parte II, negociaciones sobre el comercio de servicios) señala que la finalidad de las negociaciones sobre servicios fue: “establecer un marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios, incluida la elaboración de posibles disciplinas para sectores particulares, con miras a la expansión de dicho comercio en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva y como medio de promover el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales y el desarrollo de los países en desarrollo. Este marco respetaría los objetivos de política general de las leyes y reglamentaciones nacionales aplicables a los servicios y tendrá en cuenta la labor realizada por los organismos internacionales pertinentes”.

⁴⁹ Como señala BHAGWATI, la prudencia impulsó a la mayoría más moderada de los PED a mostrar una disposición más favorable, en tanto que cada vez eran más los países alineados con EEUU, especialmente Reino Unido. EEUU realizó negociaciones diplomáticas con la UE para llegar a una solución en Punta del Este, además de la amenaza proteccionista de EEUU que consistiría en abrir nuevos mercados para los servicios de manera bilateral o cerrar fronteras para las mercancías. BHAGWATI, J. N., “Trade in Services and the Multilateral Trade Negotiations”, *op. cit.*, p. 549.

⁵⁰ Vid. CELLI JUNIOR, U., (ed.), *Comércio de serviços Na OMC: Liberalização, Condições e Desafios*. Curitiba, Juruá, 2009.

Ronda Uruguay⁵¹. Las posiciones comunes de los principales grupos de países pudieron conciliarse para obtener un compromiso.

Los principales logros obtenidos por los PED al inicio de la Ronda Uruguay y reconocidos en la declaración de Punta del Este se pueden resumir en los siguientes:

- Lograron establecer dos procesos de negociación con diferentes marcos jurídicos. Así, los servicios se negociarían en un marco específico y separado del marco del GATT, en tanto que las negociaciones para el comercio de mercancías se seguirían llevando en el marco general del GATT. De esta forma, los PED intentaron que se respetara el principio de evitar interconexiones cruzadas entre las tradicionales cuestiones negociadas en el GATT y los temas de servicios⁵².
- Se acordó que se diera especial consideración a la situación de los PED y que el crecimiento económico y el desarrollo se reconocieran como objetivos de cualquier acuerdo⁵³. En tanto que la liberalización no sería un objetivo en sí mismo, sino un medio para alcanzar el desarrollo en un marco de transparencia, el objetivo de los PED sería la expansión de CIS, y la liberalización sería en principio secundaria en el futuro régimen del comercio de servicios⁵⁴.
- Se introdujo en la declaración el término “progresiva liberalización del CIS”, lo que implicaría un reconocimiento implícito a que la capacidad para la liberalizar depende en gran medida de las estructuras y capacidades nacionales relacionadas con los servicios, junto con un reconocimiento de la diversidad entre los países.
- El respeto a los objetivos de la política nacional que se plasman en las regulaciones fue reconocido también en la declaración⁵⁵. En cierta forma se interpretó que la liberalización

⁵¹ Vid. MARCONINI, M., *Acordos Regionais e o Comércio de Serviços, Normativa Internacional e Interesse Brasileiro*, São Paulo, Aduaneira, 2003, p. 67.

⁵² Vid. HOEKMAN, B., "Developing Countries and the Uruguay Round, Negotiation on Services", *op. cit.*, p. 4, 52; RANDHAWA, P. S., "Punta del Este and Alfer: Negotiations on Trade in Services and the Uruguay Round", *Journal of World Trade Law*, vol. 21, no. 4, 1987, pp. 163-171, en pp. 163-164. Sin embargo, según MARCHETTI, "The inclusion, however, of both issues in the same Ministerial Declaration and the institutional link through the Trade Negotiations Committee (TNC) would remove de facto the pretended firewall between the two tracks". Vid. MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)", *op. cit.*, p. 704.

⁵³ Vid. HOEKMAN, B., "Developing Countries and the Uruguay Round, Negotiation on Services", *op. cit.*, p. 4; MARCONINI, M., "The Uruguay Round Negotiation on Services: An Overview", *op. cit.*, p. 20.

⁵⁴ Vid. NOGUEIRA-BATISTA, P., "Trade in Services: Brazilian View of the Negotiating Process", Permanent Mission of Brazil to the United Nations, Statement made at the General Debate in the Group of Negotiations on Services by the Head of the Brazilian Delegation, Geneva, 1987, p. 62, párr. 15; SHUKLA, S. P., "From GATT to WTO and Beyond", The UN University, World Institute for Development Economics Research (WIDER), Working Paper No. 195, 2000, p. 171.

⁵⁵ El texto establece que el marco del futuro acuerdo deberá “respetar los objetivos políticos de las leyes y regulaciones nacionales aplicadas a los servicios. Este marco respetará los objetivos de política

implica necesariamente una cierta desregulación (o regulación diferente), en tanto que muchos PD no estaban interesados en hacer reformas sustanciales a sus marcos regulatorios de servicios, orientadas por normas multilaterales⁵⁶.

B. Los PED en la Ronda Uruguay

Los aspectos centrales de debate en las negociaciones de la RU y a la evolución de las negociaciones se pueden separar en aspectos formales y sustanciales. Elementos formales en discusión comprendían la estructura de las negociaciones de servicios, qué sectores deberían negociarse⁵⁷ y cuáles deberían estar cubiertos por el Acuerdo, y qué enfoque de liberalización debería realizarse. Algunos aspectos de carácter sustancial incluían los relacionados con los principios que deberían ser aplicados en el Acuerdo. Especialmente, cómo se adecuarían los principios del GATT y cómo se aplicarían los listados de concesiones que se negociarían de forma recíproca⁵⁸. También se discutió sobre la definición de servicios y la aplicación de las posibles exenciones, entre otros⁵⁹.

En cuanto a las preocupaciones de los PED, el preponderante rol que las corporaciones transnacionales tienen en el sector de los servicios los llevó a buscar que se incluyan en las negociaciones temas relacionados con el control de entrada a la inversión extranjera directa, el apoyo a la industria infante de servicios y las prácticas empresariales restrictivas⁶⁰. Los PED se mantuvieron bastante inflexibles cuando se tenía que negociar la obligación de TN⁶¹ en el contexto

general de las leyes y reglamentaciones nacionales aplicables a los servicios y tendrá en cuenta la labor realizada por los organismos internacionales pertinentes.

⁵⁶ Vid. MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)", *op. cit.*, pp. 106–107.

⁵⁷ Vid. JACKSON, J. H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, *op. cit.*, p. 307.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 307.

⁵⁹ Para un estudio detallado de los aspectos centrales de las negociaciones de la RU en servicios, *vid.* REYNA, J. V., "Services", *op. cit.*; ZDOUC, W., "Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS", *op. cit.*, p. 48 ss.

⁶⁰ Vid. RANDHAWA, P. S., "Punta del Este and Alfer: Negotiations on Trade in Services and the Uruguay Round", *op. cit.*, p. 169.

⁶¹ Sobre el TN, JACKSON señalaba la especial dificultad de incorporarlo en un acuerdo sobre servicios, ya que ciertos tipos de servicios parecen necesitar principios específicos para manejar particulares riesgos de política, que se dan en el caso de las importaciones de servicios, en comparación con los proveedores de servicios domésticos. Es el caso de servicios financieros y la necesidad de proteger a los consumidores a través de varias regulaciones gubernamentales prudenciales. Se argumenta que la aplicación del concepto de TN a los servicios requería el conocimiento y experiencia considerable en el sector particular y esto podía resultar en la necesidad de cambios en los conceptos básicos de TN para lograr un balance entre las necesidades de la liberalización del comercio, respecto a la políticas regulatorias nacionales y políticas prudenciales relacionadas con un sector en particular (como bancario, seguros, acciones en bolsa etc.). JACKSON, J. H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, *op. cit.*, p. 307.

del AGCS⁶². Respecto a la obligación de NMF, los EEUU tuvieron éxito en asegurar una obligación vinculante de aplicabilidad general, pero con la posibilidad de que los Miembros pudieran elegir no participar, mediante el uso de las exenciones de NMF.

Durante el desarrollo de la Ronda Uruguay, entre 1985 y 1994, los PED insistieron sobre todo en instituir al desarrollo como el objetivo de la expansión del CIS y se dividieron esencialmente en dos vertientes, por un lado estaban los PED fuertemente reacios a continuar con las negociaciones sobre servicios (sobre todo al inicio del proceso), y por otro lado el grupo de PED que participaron activamente en el proceso.

Esta posición fue en términos generales opuesta a la posición proactiva de los principales PD negociadores en servicios como EEUU, CE, Japón y Canadá⁶³. EEUU desde el inicio se posicionó con firmeza a favor de la liberalización del CIS en general⁶⁴, mientras continuó siendo bastante proteccionista en determinados sectores como el de transporte marítimo y aéreo. Buscaba también un acuerdo que cubriera todos los sectores de servicios y la participación de todos los Miembros, y estaba dispuesto a hacer concesiones solamente a los PMA. De la misma manera, aunque en menor grado, lo hizo Canadá, que buscaba la creación de obligaciones generales sobre el TN y con énfasis en una aproximación sectorial. Canadá en general no era un gran exportador de servicios, pero tenía potenciales beneficios al abrir sus mercados. En tanto que la posición de la CE estaba a favor de un acuerdo amplio en cuanto al alcance y sectores cubiertos para potenciar el AM. Expresó sus preferencias por obligaciones de “*soft law*” en lugar de vinculantes, incluso sobre el TN. Su posición reflejó la experiencia de la libertad de prestación de servicios establecida en el Tratado de Roma⁶⁵. Las negociaciones multilaterales fueron vistas en el contexto del conjunto de la política de

⁶² Vid. HOEKMAN, B., "Developing Countries and the Uruguay Round, Negotiation on Services", *op. cit.*, p. 5.

⁶³ Para una revisión más detallada de la posición de los PD en las negociaciones, *vid.* FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 811, 814, 815; REYNA, J. V., "Services", *op. cit.*; GIBBS, M., "Continuing the International Debate on Services", *op. cit.*; LAZAR, F., "Services and the GATT: US Motives and a Blueprint for Negotiations", *Journal of World Trade Law*, vol. 24, no. 1, 1990, pp. 135-145. Sobre el tema revisar también el aporte de: RANDHAWA, P. S., "Punta del Este and Alfer: Negotiations on Trade in Services and the Uruguay Round", *op. cit.*, pp. 163-171; EWING, A. F., "Why Freer Trade in Services is in the interest of Developing Countries", *Journal of World Trade Law*, vol. 19, no. 2, 1985, pp. 147-169; NICOLAIDES, P., "The Usefulness of a Broad Perspective on Services: Comment on D. Nayyar's article 'Some Reflections on the Uruguay Round and Trade in Services'", *Journal of World Trade Law*, vol. 23, no. 4, 1989, pp. 65-67; GIBBS, M. Y MASHAYEKHI, M., "Services: Cooperation for Development", *Journal of World Trade Law*, vol. 22, no. 2, 1988, pp. 81-107; SCHOTT, J. Y MAZZA, J., "Trade in Services and Developing Countries", *Journal of World Trade*, vol. 20, no. 3, 1986, pp. 253-273.

⁶⁴ Vid. BERG, T. G., "Trade in Services: Toward a "Development Round" of GATT Negotiations Benefiting Both Developing and Industrialized States", *Harvard International Law Journal*, vol. 28, no. 1, 1987, pp. 1-30, p. 14 ss.

⁶⁵ Cabe señalar que al principio de las negociaciones, la UE no tenía competencia formal para hablar y decidir en las negociaciones, sin embargo en la práctica no hubo mayor impedimento. La opinión consultiva del TJCE clarificó al final de la ronda que solamente los servicios prestados sin que se realice cualquier movimiento físico, sea del proveedor o del consumidor del servicio, caen dentro de la competencia exclusiva de la CE. *Vid.* ECJ, Opinion 1/94 WTO [1994] ECR I-5267-. *Vid.* POU SERRADEL, V., "La Comisión y las

la CE como una forma de alcanzar una política de servicios beneficiosa para el mercado interior y de desarrollar un ambiente regulatorio y fiscal de acuerdo con sus particulares necesidades. Ya que en el ámbito de la CE la diversidad de las regulaciones nacionales era una cuestión que quería manejar a nivel comunitario⁶⁶. Japón apoyó la posición de EEUU, a pesar de que tenía metas menos ambiciosas y centradas en sectores tales como transporte y turismo, sectores en los que tenía déficit, y en servicios financieros. Otros PD activos en las negociaciones fueron Australia, Nueva Zelandia, Suecia y Suiza⁶⁷.

El grupo de PED más reacios a obtener un acuerdo en servicios consideraba, sobre todo al inicio de la negociación, que las negociaciones no tenían razón de ser. No veían cuál sería la ventaja competitiva en servicios; para ellos, los servicios exportables como el turismo ya estaban liberalizados⁶⁸. Además algunos PED dudaban de que un enfoque parecido al del GATT pudiera conducir a un desarrollo en equidad⁶⁹. Especialmente Brasil e India y también Argentina presentaron posturas reacias sobre el proceso durante las primeras reuniones del Grupo de Negociación de Servicios (GNS)⁷⁰, y plantearon la alternativa de establecer acuerdos de *market-sharing*, a fin de asegurar un mejor reparto del CIS para los PED y a la vez beneficiar al desarrollo⁷¹. También consideraban que la liberalización del sector de servicios implicaría entregar un grado de autonomía y flexibilidad en sus políticas macroeconómicas y de desarrollo nacional⁷². La falta de información estadística en servicios siguió siendo una preocupación importante sobre la definición y alcance de CIS. Otros PED plantearon mantener regímenes de promoción de exportación y/o la cláusula de protección de la industria infante en cualquier acuerdo multilateral de CIS. En particular para los PED, donde las políticas sobre industrias infantiles continuaban jugando un importante rol, el AM era visto como un instrumento importante para lograr la necesaria

Nuevas Políticas para el Sector Servicios", *Información Comercial Española*, vol. 831, no. Julio-Agosto, 2006, pp. 219-237.

⁶⁶ Vid. VON DEWITZ, W., "Services and the Uruguay Round: Issues Raised in Connection with Multilateral Action on Services: a Comment", en PETERSMANN, E. U. Y HILF, M. (eds.), *The new GATT Round of Multilateral Trade Negotiations : Legal and Economic Problems*, Deventer, Kluwer, 1987, pp. 475-479, p. 475, 479.; MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)", *op. cit.*, p. 706.

⁶⁷ Vid. GATT, PREPARATORY COMMITTEE, *Note on the Third Meeting*, Doc. PREP.COM(86)3, 7 March 1986.

⁶⁸ Vid. GILL, H., "The Uruguay Round: Perspectives from Latin America", en RIDDLE, D. (ed.), *Information, Economy and Development*, Bonn, Friedrich Ebert Stiftung, 1988, pp. 184-188; RANDHAWA, P. S., "Punta del Este and Alfer: Negotiations on Trade in Services and the Uruguay Round", *op. cit.*, p. 164.

⁶⁹ Vid. RANDHAWA, P. S., "Punta del Este and Alfer: Negotiations on Trade in Services and the Uruguay Round", *op. cit.*, p. 164.

⁷⁰ Minutas de las reuniones, *vid.* RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, *Comunicación de Brasil*, Doc. MTN.GNS/W/3, 1987, *cit.*, párr. 16, 17; RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, *Comunicación de India*, Doc. MTN.GNS/W/4, 1987, *cit.*, párr. 7 y 8.

⁷¹ Vid. HOEKMAN, B., "Developing Countries and the Uruguay Round, Negotiation on Services", *op. cit.*, p. 4.

⁷² Vid. REYNA, J. V., "Services", *op. cit.*, p. 2363.

transferencia de ciertas habilidades. Se anticipó que esto podría llevar a la creación de mercados particulares de servicios, por ejemplo, en el sector de servicios empresariales, especialmente en el subsector de computación y servicios relacionados⁷³.

Por otro lado, el grupo del “*Café au Lait*”, desde las primeras etapas, participó activamente en el proceso de negociación. Este grupo incluía a miembros del GATT como Hong Kong, China, apoyada firmemente por la *Coalition of Service Industries* organizada a partir de 1990.

Como se observa con mayor detalle más adelante, en el desarrollo de las negociaciones se fue generando un proceso de evolución importante en las posiciones negociadoras y en las concesiones, lo que permitió que se alcanzara un acuerdo. La polarización inicial entre el G-10 y los PD, especialmente de la OCDE, se dispó antes de la reunión Ministerial de Bruselas de 1990⁷⁴. En esta etapa fue claro también el protagonismo de Brasil e India en la negociación de varios aspectos del AGCS⁷⁵ y en la creación de coaliciones puntuales en torno a temas específicos de negociaciones.

La posición inicial de Brasil en las negociaciones hacia 1989 cambió y fue más abierta a buscar soluciones consensuadas, convirtiéndose en una influencia importante en otros PED⁷⁶. Uno de los principales objetivos de Brasil en las negociaciones de servicios fue obtener un marco multilateral que planteara la liberalización como un proceso progresivo y a largo plazo, en tanto que el resultado de las negociaciones comprendería solamente un marco general de principios y normas comerciales. Muchas de sus iniciativas de negociación⁷⁷ estuvieron vinculadas con las disposiciones sobre transparencia, creciente participación de los PED, subsidios y liberalización, progreso y excepciones de las principales obligaciones; todas ellas de especial interés para los PED⁷⁸.

⁷³ Vid. FOOTER, M. E., "The General Agreement on Trade in Services: Taking Stock and Moving Forward", *Legal, Economic and Political Analysis*, vol. 1, 2002, pp. 802-953, p. 818.

⁷⁴ Vid. MARCONINI, M., *Acordos Regionais e o Comércio de Serviços*, *op. cit.*, p. 67.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 67-68. MARCHETTI identifica a dos PED especialmente proactivos e influyentes en las negociaciones, Brasil e India. Otros Miembros desarrollados con bastante influencia fueron EEUU y EU. También se resalta la participación de otros proponentes como los Países Nórdicos, Japón, Australia, Canadá, México y Suiza, quienes también presentaron a varias comunicaciones en las diversas etapas del proceso de negociación, ideas que se ven reflejadas en el texto final del Acuerdo (aunque se destaca que no es fácil identificar quién fue el primero en lanzar una idea). Vid. MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)", *op. cit.*, p. 714-719.

⁷⁶ Vid. WAHRENDORFF CALDAS, R., *Brazil in the Uruguay Round of the GATT, The Evolution of Brazil's Position in the Uruguay Round, with Emphasis on the Issue of Services*, Ashgate, 1998, p. 187 ss.

⁷⁷ Brasil se ocupó de varios de los elementos de un futuro acuerdo y específicamente buscó compatibilizar las disposiciones relativas a la participación creciente de los países en desarrollo, las excepciones a las principales obligaciones, garantías y transparencia, y destacó la importancia de la liberalización progresiva como un principio. También enfatizó en que el esquema de un futuro acuerdo sea el de la integración negativa.

⁷⁸ Vid. RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, *Nota sobre la reunión del 20 - 24 Noviembre 1989*, Doc. MTN.GNS/27, 22 de diciembre 1989, párr. 12; URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from Brazil - Elements for a Possible Framework Agreement on Trade in Services*, Doc. MTN.GNS/W/48, 19 October 1988 y URUGUAY ROUND, GROUP OF

La posición de la India fue en principio de oposición completa a las negociaciones, luego se orientó hacia una posición más proactiva, buscando compromisos significativos en la liberalización del movimiento de personas físicas y ofreciendo a cambio concesiones en el derecho de establecimiento de servicios, demandadas por los PD⁷⁹. Una alianza importante impulsada por la India fue la que unió a los PED que buscaban la inclusión del Anexo sobre Movimiento Natural de Personas Físicas⁸⁰. Otro de los objetivos de la India fue que la cuestión del desarrollo y las preocupaciones de los PED fueran parte integrante del Acuerdo en su conjunto y no una disposición aislada y buscaba evitar que se incluyera una disposición sobre tratamiento especial diferenciado (TED) semejante a la del GATT⁸¹.

A mediados de 1988, conforme avanzaron las negociaciones, se habían presentado varias propuestas que mostraban el interés de los Miembros por el CIS y algunos temas se habían aclarado. Los PD seguían queriendo elaborar un marco que incluyera todos los sectores de servicios, mientras los PED seguían teniendo, sobre todo, una estrategia defensiva, y preferían negociar solamente algunos sectores, especialmente en los que tenían interés exportador⁸². Las negociaciones habían girado sobre todo en torno a la falta de una base de datos adecuada en el CIS, al estudio de otros acuerdos internacionales y al debate sobre los principios y conceptos del GATT aplicables al marco de los servicios⁸³. Además se discutió sobre la prevalencia del objetivo del desarrollo como parte integrante del acuerdo. En la Conferencia Ministerial de Montreal de 1988⁸⁴ se consiguieron pocos acuerdos y fue difícil alcanzar conclusiones en la primera parte de las

NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from Brazil - Elements for a Draft Framework Agreement on Trade in Services*, Doc. MTN.GNS/W/86, 21 November 1989. Muchas de estas iniciativas se plasmaron luego en las disposiciones del AGCS como el art. III sobre transparencia, art. XIX sobre participación creciente de los PED; art. XI sobre subvenciones, entre otras.

⁷⁹ Vid. MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)", *op. cit.*, p. 717; SELF, R. J. Y ZUTSCHI, B. K., "Mode 4: Negotiating Challenges and Opportunities", en MATTOO, A. Y CARZANIGA, A. (eds.), *Moving People to Deliver Services*, Nueva York y Washington D.C., Oxford University Press y World Bank, 2003, pp. 27-58, p. 27, 33.

⁸⁰ Argentina, Colombia, Cuba, Egipto, México, Paquistán y Perú. Vid. URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from Argentina, Colombia, Cuba, Egypt, India, Mexico, Pakistan and Peru - Annex of Temporary Movement of Services Personnel*, Doc. MTN.GNS/W/106, 18 June 1990. A pesar que el Anexos en el Movimiento Natural de Personas Físicas no alcanzó las pretensiones de la propuesta inicial.

⁸¹ India propuso la inclusión del art. IV así como el art. XIX sobre liberalización progresiva y también el enfoque de lista positiva, que permitiera una gradual liberalización mediante la realización de compromisos.

⁸² Vid. JARAMILLO, F., "Multilateral Negotiations on Trade in Services: Perspectives for the Future", en UN CENTRE ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS (ed.), *Services and Development: The Role of Foreign Direct Investment and Trade*, New York, United Nations, 1989, pp. 163-166, p. 164.

⁸³ Vid. MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)", *op. cit.*, p. 708.

⁸⁴ Constituyó la revisión de medio término de la Ronda, para valorar el avance de la misma y determinar qué se necesitaba hacer para completar las negociaciones. Vid. URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Trade Negotiations Committee Meeting at Ministerial Level*, Montreal (Canada), December 1988, Doc. MTN.TNC/7(MIN), 9 December 1988, Part. II (b) progressive liberalization, (f) increasing participation of developing countries.

negociaciones. Finalmente se llegó al compromiso para el texto de la declaración⁸⁵, gracias a la mediación de la UE entre los EEUU y la línea dura de los PED.

Con la Declaración de Montreal, a pesar de que sus prescripciones fueron de carácter exhortativo, se logró establecer una base conceptual y un cronograma para la continuación de las negociaciones. El texto de la declaración reafirmó la existencia de varios modos de prestación de servicios (incluidos el movimiento de consumidores y de los factores de producción). Se reiteró que el alcance de las negociaciones del GNS debería ser universal, sin excluir *a priori* ningún sector; también surgió la idea de negociar primero detalladamente el marco general del Acuerdo antes de pasar a la discusión de los compromisos iniciales de liberalización⁸⁶.

En cuanto a las cuestiones del desarrollo, el texto de la Declaración de Montreal estableció algunas disposiciones sustantivas sobre la cuestión del desarrollo que constituyeron una guía para el futuro avance de las negociaciones. Muchos participantes concordaron en que el desarrollo debía ser parte integral del Acuerdo y no aparecer como un apéndice o una serie de *waivers* o excepciones. La posición general era que el enfoque debería ser diferente al que contenía la parte IV del GATT, en donde se señalan los lineamientos para el TED, lo que se reflejó en la Declaración de Montreal. Cabe resaltar el párrafo siguiente de la declaración: “*increasing participation of developing countries*” que se relacionaba con la mayor participación del comercio mundial de servicios y la expansión de las exportaciones de los servicios en los PED, para el fortalecimiento de la capacidad, eficiencia y competitividad del sector de servicios en los PED⁸⁷. Asimismo el lenguaje contenido en la Declaración sobre el concepto de “liberalización progresiva” contribuyó a hacer del desarrollo una parte integral del Acuerdo. Otro elemento relevante para los PED se relaciona con las cuestiones regulatorias y el reconocimiento de las diferencias entre las estructuras regulatorias en los PED y PD⁸⁸; de esta forma, la idea de la “*regulatory situation*” fue introducida en la Declaración. Sin embargo, el reconocimiento no incluyó el reclamo de los PED de que el desarrollo en sí mismo era un objetivo de política de las leyes y regulaciones nacionales.

⁸⁵ La reunión de Montreal se realizó entre el 5 y 9 de diciembre de 1988, URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Meeting at Ministerial Level*, Palais des Congrès, Montreal (Canada), 5-9 December 1988, Doc. MTN.TNC/8(MIN), 17 January 1989. La declaración de la revisión de medio término “*Midterm Review*” se adoptó recién en la subsecuente reunión en Ginebra que se realizó del 5 al 8 de abril de 1989. URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Mid-Term Meeting*, Held in Montreal on 5 - 9 December 1988 and in Geneva on 5-8 April 1989, Doc. MTN.TNC/11, 21 April 1989.

⁸⁶ *Vid.* URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Mid-Term Meeting*, Doc. MTN.TNC/11, 1989, *cit.*-. MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., “The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)”, *op. cit.*, p. 710. Para un análisis del contenido de la declaración de Montreal sobre las negociaciones de servicios, *vid.* URUGUAY ROUND, “Mid-Term Review Agreements”, *News of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, vol. 27, 1989, p. 38 ss.

⁸⁷ *Vid.* URUGUAY ROUND, “Mid-Term Review Agreements”, *op. cit.*, p. 40, reimpresso como URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Mid-Term Meeting*, Doc. MTN.TNC/11, 1989, *cit.*

⁸⁸ *Vid.* URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Trade Negotiations Committee - Tenth meeting: 20 December 1989*, Doc. MTN.TNC/13, 23 January 1990, párr. 14.

Desde la reunión de Montreal de diciembre de 1989 a la conclusión del AGCS en 1994 las negociaciones fueron avanzando lentamente. Los principales aspectos en que se centraron las negociaciones fueron⁸⁹: delimitar las disposiciones que iban a formar parte del marco general y cuáles deberían ser negociados como compromisos específicos de liberalización; si el enfoque de los compromisos sería de lista negativa o de lista positiva; la manera en que los compromisos de liberalización inicial podrían introducirse. En este contexto también se negoció la manera en que los servicios podrían comercializarse bajo el marco multilateral de servicios, es decir, los modos de suministro y la aplicabilidad de los principios del GATT (en particular en ciertos sectores como telecomunicaciones, construcción, transporte, turismo, servicios profesionales y financieros). A inicios del año 1990 las negociaciones habían progresado de conformidad al resultado de la revisión de Montreal con ciertos avances⁹⁰, en cuanto al análisis de la aplicabilidad de los conceptos, principios y reglas para sectores particulares de servicios, se habían analizado los sectores de telecomunicaciones, construcción, transporte y turismo, servicios profesionales y servicios financieros, incluidos los seguros⁹¹. Asimismo se había completado un primer borrador sobre el marco multilateral de servicios que incluía los elementos para un borrador que podría permitir que negociaciones para completar el acuerdo multilateral⁹².

El documento de julio de 1990, denominado “*July text*”⁹³, denota ya al carácter vinculante de las obligaciones generales del futuro acuerdo, independientemente de si se hubiera realizado o no un compromiso específico, y se hace referencia a la disposición sobre la reglamentación nacional que impone un requisito de necesidad con respecto a las normas técnicas y titulaciones, entre otros. Seguían sin resolverse varias cuestiones clave, como: el alcance del acuerdo; el principio de NMF y

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 14–15.

⁹⁰ El GNS se reunió siete veces en este periodo. *Vid.* URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Note on the meeting of 18-20 April 1989*, Doc. MTN.GNS/22, 18 May 1989; URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Note on the meeting of 5-9 June 1989*, Special Distribution, Doc. MTN.GNS/23, 11 July 1989; URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Note on the meeting of 17-21 July 1989*, Special Distribution, Doc. MTN.GNS/24, 28 August 1989; URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Note on the meeting of 18-22 September 1989*, Special Distribution, Doc. MTN.GNS/25, 23 October 1989; URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Note on the meeting of 23-25 October 1989*, Special Distribution, Doc. MTN.GNS/26, 17 November 1989; URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Note on the meeting of 20-24 November 1989*, Special Distribution, Doc. MTN.GNS/27, 22 December 1989; URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Note on the meeting of 18 December 1989*, Special Distribution, Doc. MTN.GNS/29, 11 January 1990.

⁹¹ *Vid.* URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Reference list of Sectors*, Note by the Secretariat, Doc. MTN.GNS/W/50, 9 June 1989.

⁹² Ver el borrador de documento presentado ante el Comité de Negociaciones Comerciales, URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Draft - Elements for a Draft which Would Permit Negotiations to Take Place for the Completion of All Parts of the Multilateral Framework*, Doc. MTN.GNS/28, 28 December 1989.

⁹³ *Vid.* URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Multilateral Framework for Trade in Services*, Introductory Note by the Chairman on the GNS Negotiations on a Framework Agreement, Doc. MTN.GNS/35, 23 July 1990.

el AM; así como la negociación y aplicación de los compromisos específicos. En diciembre de 1990, en el marco de la reunión Ministerial de Bruselas, que fue considerada como un fracaso⁹⁴, se preparó el texto para a la reunión ministerial, denominado "Borrador de Bruselas"⁹⁵. El contenido temático de este borrador coincide ya casi en su totalidad con las disposiciones del AGCS⁹⁶ en el cual se fortalecieron las disposiciones sobre el aumento de la participación de los PED. Sin embargo, buena parte del texto estaba sobre todo entre corchetes, lo que significaba que muchos elementos estaban aún en negociación y existía desacuerdo entre los negociadores. Los principales aspectos en discrepancia seguían estando vinculados con el alcance del Acuerdo (todos los modos de prestación y sectores de servicios o solo algunos), cuál sería el tratamiento de los servicios prestados por entidades gubernamentales y de las compras gubernamentales de servicios⁹⁷.

Sobre el alcance de la liberalización de los servicios, mientras que algunos PD no tenían intención de liberalizar todos los modos de prestación, los PED preferían negociar todos los modos de prestación en un mismo foro, para asegurar la liberalización de la movilidad del trabajo⁹⁸. Los PED demandaron también garantías de una libre transferencia de pagos para las personas naturales que presten servicios fuera de su país de origen⁹⁹. Los PD sin embargo estaban interesados en la liberalización del movimiento de capital pero no lo estaban en el movimiento de trabajadores. Tenían la visión de que el movimiento de personas naturales era una cuestión muy específica y

⁹⁴ La previsión de que la Ronda finalizara en 1990 falló, sobre todo por el colapso de las negociaciones en agricultura y subsidios, y también influyó en el fracaso de las negociaciones sobre servicios. Vid. MONTAGNON, P. Y DULLFORECE, W., "GATT Face Collapse Over Darn Aid Deadlock", *Financial Times*, 5 december 1990; ZDOUC, W., "Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS", *op. cit.*, p. 58.

⁹⁵ Borrador final del Acuerdo General del Comercio de Servicios, URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations - Revision*, Doc. MTN.TNC/W/35/Rev.1, 3 December 1990, Annex II.

⁹⁶ Se mencionaban los cuatro modos de suministro (artículo I del texto), *vid.* SELF, R. J. Y ZUTSCHI, B. K., "Mode 4: Negotiating Challenges and Opportunities", *op. cit.*, pp. 27, 33. Se incluía la exclusión de los servicios prestados en el ejercicio de las funciones gubernamentales ('autoridad gubernamental'); se preveía por primera vez un reconocimiento y armonización de los reglamentos; se incluyeron mandatos de negociación específicos para salvaguardias y compras del sector público; y se incluyeron disposiciones sobre la modificación de compromisos y de solución de controversias.

⁹⁷ *Vid.* URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Multilateral Framework for Trade in Services*, Doc. MTN.GNS/35, 1990, *cit.*.

⁹⁸ Comunicación de Argentina, Colombia, Cuba, India, Paquistán, México y Perú – Anexo en Movimiento Temporal de Servicios de Personal, URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from Argentina, Colombia, Cuba, Egypt, India, Mexico, Pakistan and Peru - Annex of Temporary Movement of Services Personnel*, Doc. MTN.GNS/W/106, 1990, *cit.*; artículo VI:6 del Borrador de Bruselas, Movimiento de Trabajadores en el Comercio de Servicios, URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Labour Movement and Trade in Services*, Note by the Secretariat, Doc. MTN.GNS/W/104, 18 June 1990. Los EEUU proponían una liberalización gradual de la movilidad del trabajo, basado en criterios como el nivel de titulación y el tiempo de duración que se tenía la intención de estar en el extranjero. *Vid.* URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from the United States - Agreement on Trade in Services*, Doc. MTN.GNS/W/75, 17 October 1989.

⁹⁹ *Vid.* art. XI y XIII del Borrador de Bruselas, URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations - Revision*, Doc. MTN.TNC/W/35/Rev.1, 1990, *cit.*

sensible y que esto se debería discutir en las negociaciones por sectores. Su preocupación era perder el control sobre el flujo de los trabajadores autónomos o empleados si todos los modos de prestación fueran liberalizados. Entonces, el Acuerdo tendría que ofrecer una estructura legal que permitiera a los gobiernos liberalizar solamente particulares modos de prestación de servicios y mediante un proyecto a largo plazo. La mayoría de los países estaba en contra de la aplicación general de los principios básicos o los conceptos de liberalización para todos los sectores y modos de servicios¹⁰⁰. En el GNS una cuestión esencial fue resolver cuestiones técnicas sobre las negociaciones y la realización de los listados de compromisos, con miras a lograr una liberalización progresiva¹⁰¹.

Los PED demandaban normas que aseguren tratamiento diferencial y más favorable para sus exportaciones¹⁰², medidas que promuevan sus capacidades domésticas en servicios¹⁰³, y el derecho de proteger industrias infantiles de servicios¹⁰⁴. También demandaban mayor flexibilidad para liberalizar menos sectores y menos modos de suministro en función de su nivel de desarrollo¹⁰⁵, la liberalización de sectores de interés para ellos, mejor acceso a canales de distribuciones y redes de

¹⁰⁰ EEUU presentó en este sentido una propuesta GATT, *GATT Services Meeting, International Trade Report*, 25 October 1989. Con respecto a la exclusión de sectores, subsectores, modos de prestación o de obligaciones específicas. Los EEUU y la CE presentaron luego una propuesta conjunta en servicios en un intento de hacer avanzar las negociaciones, GATT, *Scheduling of Commitments-Examples Taken From Initial Offers, International Trade Report*, 4 April 1991, Nota Preparada por la Secretaría del GATT, Doc. I-INIT, 21 May 1991.

¹⁰¹ Ver el texto alternativo del art. XIX: 3 del borrador de Bruselas. El enfoque de “*negative scheduling*” está basado en la aceptación total del Acuerdo, a menos que se inscriba en el listado de compromisos de liberalización una explícita excepción o derogación. La opción alternativa era la cobertura selectiva de solamente algunos sectores y subsectores y modos de prestación y selectiva aplicación de solamente algunos principios de liberalización que un país explícitamente optara. De acuerdo con este enfoque de “lista positiva”, los compromisos de liberalización no están presumidos a menos que un sector, subsector o modo de prestación u obligación específica fuera claramente incluido en el listado de compromisos de un país.

¹⁰² Declaración de los Países de América Latina y el Caribe SELA, en la Ronda Uruguay de MTN, URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Declaration of the Countries of Latin America and the Caribbean at the V Latin American Consultation Meeting of SELA on the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Doc. MTN.TNC/W/22, 23 July 1990.

¹⁰³ Comunicación de Países de América Latina, Estructura del marco Multilateral del Comercio de Servicios, URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from Brazil, Chile, Colombia, Cuba, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Mexico, Peru, Trinidad and Tobago and Uruguay - Structure of a Multilateral Framework for Trade in Services*, Doc. MTN.GNS/W/95, 26 February 1990; art. IV:1 del Borrador de Bruselas.

¹⁰⁴ Comunicación de Nueva Zelanda, Estructuras y Mecanismos para un AGCS, URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from New Zealand - Structure and Mechanism for a General Agreement on Trade in Services - Key Issues*, Doc. MTN.GNS/W/72, 20 september 1989; art. XII:6 del Borrador de Bruselas.

¹⁰⁵ *Vid.* Borrador (non paper) – circulado por Canadá y los Países Escandinavos, 27 de abril de 1990; art. IV:3 y XVIII:1, 3(a) del Borrador de Bruselas; URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from the United States - Agreement on Trade in Services*, Doc. MTN.GNS/W/75, 1989, *cit.*; URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from Brazil, Chile, Colombia, Cuba, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Mexico, Peru, Trinidad and Tobago and Uruguay - Structure of a Multilateral Framework for Trade in Services*, Doc. MTN.GNS/W/95, 1990, *cit.*.

información¹⁰⁶, así como la promoción de la transmisión de tecnología¹⁰⁷. Los PED más avanzados dejarían gradualmente de disfrutar de las preferencias y adoptarían compromisos adicionales de acuerdo a su crecimiento en desarrollo económico¹⁰⁸.

Un elemento importante en las discusiones y que es también relevante para los PED, fue la cuestión de las regulaciones nacionales y algunas de sus implicancias¹⁰⁹. Respecto a la transparencia de las regulaciones, dado que muchos sectores de servicios tenían bastantes regulaciones, el GNS buscaba la forma de mejorar la transparencia en dichas regulaciones domésticas. Se discutió sobre la creación de “puntos nacionales de consultas” y la obligación de notificar los cambios que se realicen en las regulaciones domésticas¹¹⁰. Las partes negociaron si dichas notificaciones deberían ser requeridas antes o después de la acción legislativa y si se debería consultar con las partes interesadas cuando se realizaran cambios legislativos y antes de su entrada en vigor¹¹¹. También se discutió la cuestión de que las regulaciones nacionales se eximiesen de los compromisos de liberalización, cuáles deberían ser los objetivos no económicos legítimos que deberían contener las regulaciones para eximirse, y qué condiciones deberían aplicarse para asegurar que la medida menos restrictiva al comercio sea la utilizada para implementar estos objetivos¹¹². La cuestión regulatoria en los servicios también llevó a los negociadores a formular disposiciones relacionadas con reconocimiento mutuo o equivalencia de normas técnicas nacionales y algunas disposiciones vinculadas con la armonización de normas técnicas a nivel internacional¹¹³. Sin embargo varios PED señalaron que antes de unirse a un esfuerzo de armonización o reconocimiento mutuo de las regulaciones nacionales, deberían enfocar sus

¹⁰⁶ Comunicación de Perú, Elementos de un Acuerdo Básico sobre el comercio en servicios, URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from Peru - Elements of a Framework Agreement on Trade in Services*, Doc. MTN.GNS/W/84, 20 November 1989; art. IV:1 del Borrador de Bruselas.

¹⁰⁷ Comunicación de Perú, Elementos de un Acuerdo Básico sobre el comercio en servicios, *ibid.*

¹⁰⁸ *Vid.* URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from Brazil, Chile, Colombia, Cuba, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Mexico, Peru, Trinidad and Tobago and Uruguay - Structure of a Multilateral Framework for Trade in Services*, Doc. MTN.GNS/W/95, 1990, *cit.*; art. IV:3 del Borrador de Bruselas.

¹⁰⁹ Este elemento de las negociaciones es especialmente de interés en esta investigación, ya que constituye parte de los antecedentes del art. VI del AGCS sobre reglamentación nacional.

¹¹⁰ *Vid.* respectivamente art. III. 4 y IV:1 del Borrador de Bruselas.

¹¹¹ *Vid.* URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from Switzerland - General Agreement on Trade in Services - A Draft Blueprint*, Doc. MTN.GNS/W/69, 15 September 1989; art. III. 1, 6 del Borrador de Bruselas (prior); URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from Peru - Elements of a Framework Agreement on Trade in Services*, Doc. MTN.GNS/W/84, 1989, *cit.*; URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from the United States - Agreement on Trade in Services*, Doc. MTN.GNS/W/75, 1989, *cit.*; URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from the European Communities - Transparency*, Doc. MTN.GNS/W/65, 20 July 1989.

¹¹² *Vid.* URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from the United States - Agreement on Trade in Services*, Doc. MTN.GNS/W/75, 1989, *cit.*; ver el texto alternativo del art. VI.2, 3(b) del Borrador de Bruselas.

¹¹³ Ver el texto del art. VI del Borrador de Bruselas.

esfuerzos en eliminar las asimetrías y problemas regulatorios que tenían en sus propios marcos regulatorios¹¹⁴.

En 1991 se elaboró el llamado “Borrador Dunkel” (“*Dunkel Draft*”)¹¹⁵, que constituye la recopilación de los borradores de los acuerdos intermedios que habían sido alcanzados en varios grupos y sub-grupos de negociación de la Ronda Uruguay, reiniciadas luego del fracaso de la conferencia de Bruselas¹¹⁶. Este documento aceleró el proceso de negociación y, a pesar de su limitado valor jurídico, proporcionó las bases para el actual AGCS¹¹⁷. El borrador Dunkel logró delinear la estructura básica del Acuerdo y creó fórmulas que plasman los principios básicos de la liberalización; asimismo presentó técnicas para posibilitar una progresiva inclusión de los distintos sectores y modos de servicios¹¹⁸. Sin embargo, las posiciones diferentes de los países sobre la amplitud de la liberalización en cuanto a modos y sectores a liberalizar seguían existiendo¹¹⁹.

En cuanto al principio del NMF, el borrador señaló la naturaleza incondicional e inmediata en su aplicación, buscando su proliferación en todos los sectores y modos a largo plazo. Se reconoce también que no es posible aplicar el NMF en cada una de las actividades de servicios, por lo que da la posibilidad a las partes de indicar exenciones específicas al NMF¹²⁰. Resolvió así las inconsistencias que se generaban con la existencia de los acuerdos internacionales existentes, que establecían un tratamiento preferente entre las partes y la derogación de la cláusula de NMF.

Otro elemento importante que introdujo el Borrador Dunkel fue la aplicación del sistema de “listas positivas” o “*opting in*”, por el que ciertas disciplinas del AGCS se aplicarían a los sectores

¹¹⁴ Vid. Comunicación de los Países Latinoamericanos, URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Communication from Brazil, Chile, Colombia, Cuba, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Mexico, Peru, Trinidad and Tobago and Uruguay - Structure of a Multilateral Framework for Trade in Services*, Doc. MTN.GNS/W/95, 1990, *cit.*; art. VI:1 del Borrador de Bruselas.

¹¹⁵ Vid. WTO, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Draft Final Act Embodying The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Special Distribution, “Dunkel Draft”, Doc. MTN.TNC/W/FA, 20 December 1991. En el Anexo II, p. 1–56 incluye el texto para el futuro marco del AGCS. Este borrador del texto final de la Ronda Uruguay fue notificado a las partes quienes deberían señalar si lo aceptaban como un acuerdo final o como base para las negociaciones.

¹¹⁶ Vid. WTO, “Uruguay Round Back on Track”, *Focus GATT Newsletter*, vol. 79, 1991, pp. 1, citado por ZDOUC, W., “Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS”, *op. cit.*, p. 72.

¹¹⁷ Vid. HART, M., *A Trading Nation: Canadian Trade Policy from Colonialism to Globalization*, Vancouver, UBC Press, 2003, p. 414.

¹¹⁸ Vid. ZDOUC, W., “Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS”, *op. cit.*, p. 73.

¹¹⁹ Ya hemos señalado durante el desarrollo de esta investigación la importancia de la discrepancia sobre la liberalización buscada por los PD en inversión extranjera directa y el interés de liberalización de movimiento de trabajadores que pretendían los PED.

¹²⁰ Vid. art. II:1 del Borrador Dunkel.

y subsectores de servicios que cada país haya inscrito en su listado de compromisos nacionales¹²¹. A fin de que los países pudieran señalar las barreras en AM y TN que decidían mantener, deberían inscribir en su listado de compromisos nacionales dichas restricciones. Se estableció un formato común para las clasificaciones generales de dichas barreras, que impedían el efectivo AM¹²². Sin embargo, no se incluyó una categorización de las barreras discriminatorias incompatibles con las disposiciones sobre el TN¹²³. También se estableció el procedimiento específico de arbitraje para modificar los listados de compromisos ofertados y evitar las disputas en compensaciones derivadas de dicha modificación¹²⁴.

Resumiendo, según ZDOUC, el Borrador Dunkel presentó un marco multilateral para la liberalización del CIS, el cual es inevitablemente complejo y contiene un conjunto de disposiciones elaboradas a fin de clarificar cuáles son las restricciones al comercio que podrían ser incompatibles con ciertos principios de liberalización, tales como transparencia, NMF, TN y AM¹²⁵. También se ha comentado que aún faltaba trabajo en las negociaciones en que el Borrador Dunkel fuera en sí mismo el marco complejo del Acuerdo, con los anexos sectoriales y otros anexos, o que incluyera listados de los compromisos iniciales, que son el núcleo del proceso de liberalización¹²⁶.

En el Borrador Dunkel quedó reflejado el contenido de disposiciones claves tales como NMF, TN y AM, así como la adopción de una amplia discrecionalidad de los Miembros para decidir sobre la liberalización de sus sectores de servicios. En este sentido, el documento refleja la constante preocupación de los Miembros de que el acuerdo sobre servicios, mediante la aplicación de sus principios básicos de libre comercio, pudiera afectar a la autonomía regulatoria nacional.

En enero de 1992 se acordó en el Consejo de Negociaciones Comerciales (CNC) dar un último impulso a las negociaciones teniendo en consideración el Borrador Dunkel y el programa de trabajo

¹²¹ Este y otros elementos del AGCS se explicaran con mayor detalle al analizar las principales disposiciones del Acuerdo. En este apartado parte lo que se pretende es identificar los aporte significativos del Borrado Dunkel y como facilitaron a la conclusión de las negociaciones.

¹²² Este es el art. XVI:2 del Borrador Dunkel, igual al adoptado en el AGCS. *Vid.* GATT, *Checklist of Issues Relating to a Services Classification List and Scheduling of Commitments*, Doc. G-INT, 3 April 1991. Esta clasificación no es tan detallada, como la clasificación desarrollada para la clasificación de los sectores de servicios.

¹²³ El art. XVII tampoco presenta una descripción de las barreras “no menos favorables” en servicios. Algunas de estas cuestiones se consideraron en las discusiones del GNS y luego en la Guía para la realización de compromisos iniciales desarrollada por la Secretaría, sin embargo sus efectos legales no están claros. RONDA URUGUAY, *Guía para las Negociaciones en Compromisos Iniciales*, Documento Informal Presentado al GNS por el Director General, 29 de Mayo 1991; URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Evaluating Offers in the Services Context*, Note by the Secretariat, Doc. MTN.GNS/W/118, 2 July 1991.

¹²⁴ *Vid.* art. XXI:3, 4 del Borrador Dunkel.

¹²⁵ *Vid.* ZDOUC, W., "Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS", *op. cit.*, p. 79-80; URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Report by The Chairman of the Group of Negotiations on Services to the Trade Negotiations Committee*, Doc. MTN.GNS/W/130, 30 July 1991.

¹²⁶ *Vid.* REINA, J. V., "Services", *op. cit.*, p. 777.

del llamado “*four-track-procedure*”. El programa, respecto a los servicios llamaba a la “*intensive non-stop negotiations*” respecto de los compromisos iniciales sobre servicios¹²⁷. Sin embargo, las negociaciones de servicios se estancaron hasta 1993, sobre todo como consecuencia de las dificultades de las negociaciones sobre agricultura, subsidios y AM de bienes. En julio de 1993¹²⁸ se adoptó un nuevo cronograma de trabajo que llevó hacia el reinicio de las negociaciones y su posterior culminación¹²⁹. En este contexto, la Secretaría del GATT realizó un informe motivador, en el que analizó el resultado alcanzado hasta la fecha en las negociaciones de la RU y en particular con respecto a los PED y el Acuerdo de servicios, el informe resaltó la importancia de los servicios comerciales en las economías en desarrollo¹³⁰. A finales de 1993, se alcanzaron acuerdos sobre varias cuestiones, como el listado de compromisos y la presentación de listados de excepción al NMF, pero quedaban por resolver algunas cuestiones puntuales, como por ejemplo la aplicabilidad de los impuestos en el marco del AGCS¹³¹.

En diciembre de 1993, el CNC del GATT adoptó formalmente el Acta Final de la Ronda Uruguay en la conferencia de Ginebra¹³². Ahora bien en sectores tales como los servicios financieros y el movimiento de personas físicas los resultados fueron muy limitados y en los servicios de telecomunicaciones y transporte marítimo seguía necesario continuar negociando para alcanzar un acuerdo¹³³. Es por esto que el CNC decidió que se continúen con las negociaciones de varios sectores incluso luego de completar la Ronda, a fin de alcanzar una mayor liberalización.

¹²⁷ Vid. URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Meeting on 13 January 1992 - Opening statement and concluding remarks by the Chairman*, Doc. MTN.TNC/W/99, 15 January 1992, párr. 8 (track two).

¹²⁸ Vid. FUCHS, C., "GATS Negotiating History", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO - Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 1-16, en p. 13 (párr. 58). Se llamó a realizar compromisos horizontales aplicables a todos los sectores a un número de ellos, y compromisos específicos aplicables a los diferentes modos de prestación.

¹²⁹ Vid. REYNA, J. V., "Services", en STEWARD, T. P. (ed.), *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1994)*, Deventer, Kluwer Law International, 1999, pp. 775-828, en p. 793.

¹³⁰ Vid. URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE - GROUP OF NEGOTIATIONS ON GOODS (GATT), *An Analysis of the Proposed Uruguay Round Agreement, with Particular Emphasis on Aspects of Interest to Developing Economies*, GATT Secretariat, Doc. MTN.GNG/W/30, MTN.TNC/W/122, 29 November 1993, p. 7, 20. El informe anotó la importancia de los servicios en las economías en desarrollo, el estado de los compromisos iniciales en servicios y el contenido del marco del acuerdo.

¹³¹ Vid. REYNA, J. V., "Services", *op. cit.*, en p. 775 ss. Finalmente las partes acordaron que las medidas de impuestos que afecten a los proveedores de servicios no necesitaban ser justificadas bajo el art. XIV.

¹³² Vid. URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Thirty-Sixth Meeting : 15 December 1993*, Doc. MTN.TNC/40, 21 December 1993, p. 5. Este documento incluyó el resultado de las negociaciones, las Decisiones Ministeriales y Declaraciones. Sin embargo, los compromisos de las Partes no fueron incluidos en los listados de los Miembros de la OMC hasta abril de 1994 en Marrakech.

¹³³ En el caso del transporte marítimo, poco antes de la conclusión de la Ronda la UE realizó un cambio de política de negociación, requiriendo la exclusión de este sector del paquete del Acuerdo. Finalmente se pospusieron las negociaciones de transporte marítimo para el día siguiente, después de la entrada en vigor del paquete de la RU. Vid. COHEN, R., "The World Trade Agreement: The Turning Point; A Call From Clinton, and Then a Deal", *The New York Times*, 16 December 1993.

El resultado de la Ronda Uruguay en las negociaciones de servicios fue finalmente una estructura legal compleja compuesta por un Acuerdo marco¹³⁴ y una serie de anexos sobre sectores específicos que forman parte integrante del acuerdo¹³⁵, así como un entendimiento respecto a los compromisos en Servicios Financieros¹³⁶, y varias decisiones¹³⁷ que fueron incorporados a los instrumentos constitutivos de la OMC. En el Acuerdo se incluyeron 97 listados de compromisos en liberalización de servicios¹³⁸ y 350 excepciones al NMF presentadas por 106 Miembros. Los compromisos iniciales asumidos sobre AM solamente consolidaron los niveles existentes de acceso en lugar de incrementarlos¹³⁹.

El AGCS es el punto de partida para una mayor liberalización en el comercio e inversiones en materia de servicios, contiene disposiciones que alientan a la realización progresiva de negociaciones sobre compromisos en AM y TN. Estos compromisos se consolidan en los llamados compromisos específicos que se deben implementar en la medida de lo posible, en una base de NMF¹⁴⁰. Algunas disposiciones del AGCS están pendientes de completar y varias no han sido aún aprobadas, es por ello que las actuales negociaciones de la Ronda de Doha tienen por objetivo

¹³⁴ Ver el Marco del Acuerdo del AGCS en El Resultado de la Ronda Uruguay. Las partes I y II del AGCS establecen las normas y principios generales sobre la regulación internacional del comercio de servicios. Las partes III y IV del AGCS dan el marco para las negociaciones de los compromisos de AM que deben ser comprometidos en los listados de los distintos Miembros. La parte V contiene disposiciones respecto al Entendimiento de Solución de Diferencias y cumplimiento de las obligaciones. La Parte VI de disposiciones finales se ocupa de una variedad de definiciones para la aplicación del AGCS.

¹³⁵ Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II, Anexo sobre el movimiento de personas físicas proveedoras de servicios en el marco del Acuerdo, Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo, Primer y Segundo Anexo sobre Servicios Financieros, Anexo relativo a las Negociaciones sobre Servicios de Transporte Marítimo, Anexo sobre Telecomunicaciones, Anexo relativo a las Negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas.

¹³⁶ Entendimiento Relativo a los Compromisos en Materia de Servicios Financieros.

¹³⁷ Las decisiones adoptadas fueron: Decisión Relativa a las Disposiciones Institucionales para el AGCS, Decisión en Determinados Procedimientos de Solución de Diferencias para el AGCS, Decisión sobre el Comercio de Servicios y el Medio Ambiente, Decisión en Relativa a las Negociaciones sobre el Movimiento de Personas Físicas, Decisión relativa a los Servicios Financieros, Decisión relativa a las Negociaciones sobre Servicios de Transporte Marítimo, Decisión relativa a las Negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas, y Decisión relativa a los Servicios Profesionales.

¹³⁸ El art. XX:3 del AGCS establece las Listas de compromisos específicos que se anexarán al presente Acuerdo y formarán parte integrante del mismo.

¹³⁹ Esta apreciación es realizada por ALTINGER, L. Y ENDES, A., "The Scope and Depth of GATS Commitments", *The World Economy*, vol. 19, no. 3, 1996, pp. 307-332. Citada por ARUP, C., *The New World Trade Organization Agreements - Globalizing Law through Services and Intellectual Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 106-107. Al igual que FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 820; y FUCHS, C., "GATS Negotiating History", *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁰ *Vid.* art. XIX sobre Negociación de compromisos específicos, art. XX sobre Listas de compromisos específicos y art. II sobre Trato de la nación más favorecida. Muchos de los países han realizado ofertas iniciales de liberalización solamente en pocos sectores que fueron frecuentemente no balanceados respecto a subsectores y modos de prestación. Entonces los países con estructuras de mercado abiertos tienen un incentivo para hacer uso de los derechos invocados en muchos anexos de invocar una excepción al NMF para países que no ofrecen acceso al mercados equivalente o en una base recíproca, ZDOUC, W., "Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS", *op. cit.*, p. 81

completar las normas del Acuerdo y a la vez mejorar el AM del CIS¹⁴¹. Este resultado puede considerarse un éxito, ya que el AGCS amplía el alcance de las normas multilaterales de comercio a un área nueva como es el sector de los servicios, y representa además un hito en el proceso de regulación multilateral¹⁴². Pero también puede entenderse que el resultado es modesto, si se tiene en cuenta la flexibilidad del articulado y que solamente algunos anexos sectoriales (telecomunicaciones, servicios financieros) contienen disposiciones sustantivas que complementan las disposiciones generales y flexibles del Acuerdo.

II. EL AGCS “COMO MEDIO DE PROMOVER EL DESARROLLO DE LOS PED”

Como lo señala el Preámbulo del AGCS, la intención de los Miembros ha sido que este Acuerdo constituya el marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios. Creado “con miras a contribuir a la expansión de dicho comercio”, en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva y como “medio de promover” el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales, así como “el desarrollo de los países en desarrollo”.

El Preámbulo también exhorta a los Miembros a “facilitar la participación creciente de los países en desarrollo en el comercio de servicios y la expansión de sus exportaciones de servicios”. Este objetivo se puede cumplir en particular mediante “el fortalecimiento de su capacidad nacional en materia de servicios y de su eficacia y competitividad”. En esta frase, “su” hace referencia al sector de servicios de los PED. El Preámbulo también se refiere a “las graves dificultades con que tropiezan los países menos adelantados a causa de su especial situación económica y necesidades en materia de desarrollo, comercio y finanzas”, y señala que el AGCS se ha creado tomando en cuenta particularmente estas circunstancias que afrontan los PMA¹⁴³.

Estos objetivos se complementan con otro elemento vertebral del AGCS que es el principio de la “autonomía regulatoria”, que se aplica mediante el reconocimiento de la facultad de los Miembros para regular el suministro de servicios. El Preámbulo señala en este sentido, “reconociendo el derecho de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional”. Además esta facultad regulatoria cobra especial relevancia respecto a la prioridad de los PED de crear regulaciones de calidad que se orienten a satisfacer las necesidades de políticas

¹⁴¹ Vid. MARCEAU, G., "General Presentation of the WTO agreement", *U.N. Treaty Collection*, 2005, p. 25–26.

¹⁴² Vid. SAUVÉ, P., "Assessing the General Agreement on Trade in Services - Half full or Half Empty?", *op. cit.*

¹⁴³ Ver recitales 2, 5 y 6 del Preámbulo del AGCS (comillas agregadas).

públicas y las cuestiones de desarrollo de estos países. El AGCS establece también en su Preámbulo, "... y [reconociendo] la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho, dadas las asimetrías existentes en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones sobre servicios en los distintos países"¹⁴⁴.

Desde esta perspectiva, la expansión y liberalización del comercio, potenciadas por las disposiciones del AGCS, deben considerarse como un medio o instrumento¹⁴⁵ para promover el crecimiento económico y el desarrollo¹⁴⁶. Impulsando así la integración de los PED en el comercio global, en particular, mediante la expansión de sus exportaciones. En este sentido, es también imprescindible el resguardo de la autonomía y capacidad regulatoria de los PED.

Si bien la significancia legal del Preámbulo del AGCS es limitada y depende del sentido en que se plasma éste en la parte operativa del Acuerdo, el Preámbulo es relevante para orientar su interpretación¹⁴⁷ y por ende tiene impacto en determinar el significado de las obligaciones operativas del Acuerdo¹⁴⁸. El Preámbulo es especialmente útil para la adecuada interpretación de un tratado internacional, ya que generalmente contiene su objeto y fin¹⁴⁹. El Órgano de Apelación de la OMC ha usado en particular el Preámbulo del AGCS para interpretar las obligaciones contenidas en el Acuerdo¹⁵⁰.

¹⁴⁴ Ver recital 4 del Preámbulo del AGCS, (comillas agregadas).

¹⁴⁵ Al valorar el alcance del AGCS y su incidencia en el desarrollo de los PED, se debe tomar en cuenta que el proceso de la liberalización comercial, impulsado por el AGCS, es una de las varias opciones para la regulación y liberalización de los sectores de los servicios. Pueden darse y se han dado otros procesos de reforma para promover el sector de servicios, como la liberalización autónoma de las regulaciones nacionales, que muchas veces puede estar guiada por las instituciones financieras internacionales. También están los acuerdos de integración comercial en servicios, ya sean de carácter regional o bilateral, que impulsan la liberalización.

¹⁴⁶ Ver en el Capítulo Primero el apartado III sobre el comercio internacional de servicios y los PED desde la perspectiva del desarrollo y cómo en esta investigación se entiende el desarrollo desde un enfoque amplio que cubre tanto el crecimiento económico como el desarrollo sostenible.

¹⁴⁷ Vid. HESTERMEYER, H., "Preamble GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO - Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 17-29, p. 19. Según el art. 31.2 de la CVDT, 23 de mayo de 1969, p. 132.

¹⁴⁸ Vid. CORRIENTE CORDOBA, J. A., *Valoración jurídica de los preámbulos de los Tratados Internacionales*, Pamplona, EUNSA, 1973, p. 21.

¹⁴⁹ Los 3 medios de interpretación que figuran en el art. 31.1 de la CVDT son la interpretación de buena fe conforme al sentido ordinario de sus términos (gramatical); dentro de su contexto (interpretación lógica- sistémica); y a la luz de su objeto y fin (teleológica). Constituyen una "sola operación combinada", cuya acción recíproca dará origen a la interpretación jurídica pertinente. Ver comentarios del proyecto de artículo del art. 31 de la CVDT, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1960, vol. 3, p. 241. Vid. CIJ, Caso Asilo, (Colombia-Perú), 1950, Informe de la CIJ 266, 282; CIJ, Derechos de los Nacionales de Estados Unidos de América en Marruecos (Francia vs Estados Unidos de América, 1952, Informe de la CIJ, 176, 196.

¹⁵⁰ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Medidas que Afectan al Suministro Transfronterizo de Servicios de Juegos de Azar y Apuestas*, (Estados Unidos — Juegos de azar), Doc. WT/DS285/AB/R, 7 de abril de 2005, párrs. 188-189.

Se debe tomar en consideración, como señala FERNÁNDEZ PONS, que el recurso a la interpretación teleológica por parte de los Órganos resolutorios de la OMC ha sido más bien “prudente” y “cautelosa”¹⁵¹. Esta posición ha recibido críticas como la realizada por QURESHI quien alude a la necesidad de dar mayor atención a la dimensión del desarrollo en la interpretación de los Acuerdos de la OMC. Afirmando que es necesaria “*The rehabilitation of the teleological approach for the development dimension*”¹⁵². MUNIN, por su parte, sugiere un nuevo enfoque de interpretación que debería adoptar el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, cuando estén involucrados PED en la disputa. Este enfoque se basaría en el reconocimiento que hace el Preámbulo de las dificultades e intereses particulares de los PED, considerando también que el Preámbulo es un instrumento interpretativo, que refleja la intención de los firmantes del AGCS¹⁵³.

Si se toman en consideración los aspectos del Preámbulo arriba señalados, puede deducirse que el objeto y fin del AGCS se vincula, por lo menos en cierta medida¹⁵⁴, con las necesidades e intereses de los PED y que la promoción del desarrollo de los PED se convierte también en una meta del AGCS. Además, la facultad regulatoria vinculada con el suministro de servicios debe respetarse en función de las asimetrías de los PED. Todo esto, en su conjunto, se constituye como parte de la contextualización del tratado. Entonces, este contexto, objetivos y fines son elementos necesarios para la interpretación integral del Acuerdo¹⁵⁵.

Este apartado analiza el contenido del Acuerdo, tomando en cuenta cómo y en qué medida estos valores y principios inspiradores del AGCS están plasmados en sus disposiciones y en el carácter flexible de las mismas. Para ello, a continuación se examina el contenido jurídico de las principales obligaciones del AGCS, incluidas las disposiciones relacionadas con el trato especial y

¹⁵¹ Para un análisis de las tendencias en la aplicación de una interpretación teleológica del OSD, *vid.* FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho Internacional: Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional General*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2009, pp. 223–227.

¹⁵² *Vid.* QURESHI, A. H., "Interpreting WTO agreements for the Development Objective", *Journal of World Trade Law*, vol. 37, no. 5, 2003, pp. 847-882; QURESHI, A. H., *Interpreting WTO agreements : problems and perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 138 ss.

¹⁵³ *Vid.* MUNIN, N., "The GATS: a legal perspective on crossroads of conflicting interests", *World Trade Review*, vol. 10, no. 03, 2011, pp. 325-342, p. 341.

¹⁵⁴ Mientras que autores como HESTEMEYER postulan que el AGCS tiene un carácter instrumental y que tiene el objetivo de fortalecer la prosperidad humana mediante el incremento del crecimiento económico, otros autores como KRAJEWSKI apuntan a que la principal meta del AGCS es la liberalización y expansión del CIS. *Vid.* HESTERMEYER, H., "Preamble GATS", *op. cit.*, p. 22; KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁵ Para un estudio sobre el objeto y fin del tratado y su implicación en la interpretación de los Acuerdos de la OMC, *vid.* VAN DAMME, I., "Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body", *The European Journal of International Law*, vol. 21, no. 3, 2010, pp. 605–648, en pp. 631–634. “*The Appellate Body has found that the ‘object and purpose’ is instrumental in confirming and justifying interpretations but cannot form ‘an independent basis for interpretation’*”. *Vid.* también Informe del Órgano de Apelación, *Japón — Impuestos sobre las Bebidas Alcohólicas*, (*Japón — Bebidas alcohólicas II*), Doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 de octubre de 1996, p. 106.

diferenciado. El estudio se enfoca en particular en las disciplinas relacionadas con el derecho a regular y la flexibilidad del AGCS.

A. Alcance y ámbito de aplicación del AGCS

El presente estudio sobre el alcance y ámbito de aplicación del AGCS para los PED se realiza tomando en cuenta tres aspectos:

- Las medidas nacionales que están cubiertas por las disposiciones del AGCS, en tanto que sean medidas que afecten al comercio internacional de servicios.
- Los modos de prestación de servicios, es decir la extensión en que el AGCS cubre las distintas formas de comercio internacional de servicios.
- Los sectores y subsectores de servicios que están cubiertos por el AGCS.

1. Medidas que afecten al comercio de servicios

El ámbito de aplicación del AGCS respecto a las medidas cubiertas hace referencia al objeto de la regulación del AGCS. En ese sentido, el art. I:1 del AGCS establece que el Acuerdo se aplica a todas las “medidas” adoptadas por los Miembros, que “afecten” al CIS con carácter general.

El objeto de regulación del AGCS se define en términos de “medidas”, que es un término más general y un aspecto más amplio¹⁵⁶ que los usados en el ámbito del GATT (en el contexto del GATT se hace referencia a aranceles, cuotas u otras medidas de política comercial). Lo que denota que los impedimentos al CIS tendrían su origen en muy diversas formas de acciones gubernamentales. Esta noción amplia de “medidas” intenta capturar una amplia variedad de posibles barreras al comercio de servicios y permite adelantarse a la posibilidad de nuevas formas de barreras al CIS¹⁵⁷.

Por “medidas” se entiende, a los efectos del presente Acuerdo, las adoptadas por los Miembros, a todos los niveles de gobierno¹⁵⁸, sean por los órganos de “gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales, incluidos los del poder ejecutivo”¹⁵⁹; e instituciones no gubernamentales en

¹⁵⁶ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Medidas que Afectan al Suministro Transfronterizo de Servicios de Juegos de Azar y Apuestas*, (*Estados Unidos — Juegos de azar*), Doc. WT/DS285/R, 10 de noviembre de 2004, párr. 6.323. El Grupo Especial señala que la referencia “cualquier otra forma” en el art. XVIII a) implica que la lista señalada como formas de medidas no es exhaustiva. A diferencia del art. XVI:2 que hace referencia solamente a la palabra “ya sea” y que implica una lista exhaustiva. Ver también el párr. 6.172 respecto a la interpretación amplia del término “medida” en el AGCS.

¹⁵⁷ Vid. ZACHARIAS, D., "Article I GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 31-70, pp. 48-56.

¹⁵⁸ Vid. art. I:3 a) del AGCS.

¹⁵⁹ Incluye medidas realizadas por los órganos del Estado y las áreas ejecutivas de estos órganos. Vid. Informe del Grupo Especial, *China — Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, (*China —*

ejercicio de facultades delegadas en ellas por un órgano gubernamental¹⁶⁰. Apartándose de la clásica práctica del GATT que obliga solamente a entidades gubernamentales¹⁶¹, esto se evidencia en las asociaciones profesionales de varios países que reconocen a proveedores de servicios. Estas entidades algunas veces se auto-regulan (“*self regulation*”) en todo o en parte, pero la delegación del poder regulatorio debe ser expresa para que esté dentro del alcance del AGCS.

Las medidas pueden tener cualquier forma legal, el art. XXVIII a) señala que “medida” significa cualquier medida adoptada por un Miembro, “ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión, disposición administrativa, o en cualquier otra forma”. Puede incluir entre otras, medidas administrativas o legislativas, actividades fiscales, actividades de información o promoción realizadas por los gobiernos, normas técnicas, decisiones de órganos internacionales aplicadas mediante medias nacionales, y la implementación de acuerdos internacionales¹⁶². Incluso se ha señalado que la forma de la medida puede ser tan amplia que incluiría incluso medidas de “naturaleza puramente internacional”, que incluso la sola ratificación de un tratado internacional podría constituir una medida para el AGCS¹⁶³.

Las medidas deben estar bien definidas y ser específicas¹⁶⁴, no siempre han de ser de forma escrita, y su carácter debe ser obligatorio¹⁶⁵. Además las medidas se caracterizan por su

Publicaciones y productos audiovisuales), Doc. WT/DS363/R, 12 de agosto de 2009, párr. 7.166. En el caso de *EEUU – Juegos de azar* se trataron medidas federales y estatales. El OA señaló que debe existir un nexo entre el Miembro demandado y la medida, y que la medida debe ser atribuible a este Miembro. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 121.

¹⁶⁰ Estas pueden ser asociaciones, instituciones u otras entidades, sin importar su constitución legal o los poderes gubernamentales que les fueron delegados. Por ejemplo una empresa privada que se encargue de cobrar importes para una entidad gubernamental o que realice el proceso administrativo. *Vid.* art. I:3 a) ii) del AGCS. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 63; MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁶¹ *Vid.* TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., "Trade in Services (Chapter 12)", *op. cit.*, p. 360.

¹⁶² *Vid.* KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 64. Para KRAJEWSKI cualquier implementación internacional de una norma internacional puede estar sujeta al AGCS, pero el AGCS no se aplica directamente a las normas del derecho internacional.

¹⁶³ *Vid.* ORTINO, F., "The Principle of Non-Discrimination and its Exceptions in GATS: Selected Legal Issues", King's College, London, 2006, p. 21. El autor defiende que los Acuerdos Bilaterales de Inversión pueden ser considerados medidas de un Miembro para los propósitos del art. II del AGCS.

¹⁶⁴ En la disputa *EEUU – Juegos de azar* se determinó que debe darse una referencia general a la “total prohibición”, sin especificar las medidas que causan. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párrs. 6.152– 6.185; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 116–126.

¹⁶⁵ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 7.1689; KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 64–65; BORCHERT, I., GOOTHZ, B. Y MATTO, A., "Restrictions on Services Trades and FDI in Developing Countries", World Bank, mimeo, Washington D. C. , 2010, p. 544.

obligatoriedad, no solo autorizan sino que requieren a los Miembros actuar. Por otro lado, no se trata de una recomendación privada sino que da un incentivo para actuar de determinada forma¹⁶⁶.

Cabe señalar que el sentido amplio de medida incluye no solo a la medida sustancial sino también administrativa, y que involucra tanto la acción como la omisión de la medida (la que podría también constituir una barrera al CIS), que normalmente se deriva de una obligación positiva de decidir. Un ejemplo de medidas por omisión se suelen dar en la toma de decisiones de las administraciones, en estos casos, al no ser intencionada la omisión, es difícil detectar la medida en cuestión¹⁶⁷.

A estas medidas se les aplica el AGCS en tanto que “afecten al comercio internacional de servicio”¹⁶⁸. Según la práctica de los órganos resolutorios de la OMC, un paso preliminar necesario, antes de valorar si ocurre una violación de las disposiciones del AGCS, es examinar primero la cuestión de la existencia del comercio de servicios y si la medida en cuestión es una que afecta al comercio de servicios¹⁶⁹. Sin embargo, no existe una definición del término “afectar” en el AGCS ni tampoco una lista taxativa de las medidas pueden afectar el CIS, lo que el Acuerdo incluye es una lista ilustrativa de tres tipos de medidas.

Estas medidas que afectan al CIS de conformidad con el art. XXVIII hacen referencia a¹⁷⁰:

¹⁶⁶ Vid. URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Definitions in the Draft General Agreement on Trade in Services, Note by the Secretariat, Doc. MTN.GNS/W/139, 15 October 1991*, párr. 6; URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations - Revision*, Doc. MTN.TNC/W/35/Rev.1, 1990, *cit.*

¹⁶⁷ Vid. MUNIN, N., *Legal Guide to GATS, op. cit.*, p. 62; ZACHARIAS, D., "Article I GATS", *op. cit.*, p. 55.

¹⁶⁸ En las disputas *Canadá – Publicaciones, CE – Banano III* y *Canadá – Automóviles* se ha interpretado el sentido y alcance de la frase “medidas que afectan al comercio de servicios. Vid. Informe del Grupo Especial, *Canadá — Determinadas medidas que afectan a las publicaciones, (Canadá — Publicaciones)*, Doc. WT/DS31/R, 14 de marzo de 1997; Informe del Órgano de Apelación, *Canadá — Determinadas medidas que afectan a las publicaciones, (Canadá — Publicaciones)*, Doc. WT/DS31/AB/R, 30 de junio de 1997; Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, (CE — Banano, III)*, Doc. WT/DS27/R, 22 de mayo de 1997; Informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, (CE — Banano, III)*, Doc. WT/DS27/R/ECU; WT/DS27/R/GTM; WT/DS27/R/HND; WT/DS27/R/MEX; WT/DS27/R/USA, 22 de mayo de 1997; Informe del Grupo Especial, *Canadá — Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil, (Canadá — Automóviles)*, Doc. WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11 de febrero de 2000; Informe del Órgano de Apelación, *Canadá — Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil, (Canadá — Automóviles)*, Doc. WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, 31 de mayo de 2000.

¹⁶⁹ En la disputa *Canadá – Automóviles* el Órgano de Apelación, basado en la interpretación del art. I y XXVIII, estableció: “consideramos que para determinar si una medida pertenece a las que afectan al comercio de servicios deben examinarse dos cuestiones jurídicas fundamentales: en primer lugar, si hay "comercio de servicios" en el sentido del párrafo 2 del artículo I; y, en segundo lugar, si la medida en cuestión "afecta" a ese comercio de servicios en el sentido del párrafo 1 del artículo I”. Esta interpretación fue opuesta a la del Grupo Especial, el que señalaba que la medida en cuestión afectaba al comercio de servicios. Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Canadá — Automóviles*, Docs. WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, *cit.*, párrs. 155, 151–152.

¹⁷⁰ Vid. Art. XXVIII c) i), ii), iii) del AGCS.

1. “La compra, pago o utilización de un servicio”. La compra se refiere a la restricción en la cantidad de actividades permitidas de suministrar, a ciertos proveedores de servicios, o la restricción de clientes para adquirir servicios de un proveedor extranjero, también implica el someter la transacción de servicios a requisitos administrativos onerosos¹⁷¹. Respecto al pago de un servicio puede incluir limitaciones en el uso de monedas extranjeras, limitaciones en el uso de medios de pago, como tarjetas de crédito o transferencias bancarias, mayores porcentajes de impuestos en la adquisición de servicios extranjeros (impuesto a la compra e IVA). Las medidas respecto al uso del servicios son por ejemplo una prohibición a los clientes nacionales a usar cualquier servicio extranjero o ciertos servicios como los financieros, seguros o bancarios, el uso de dichos servicios puede estar sujeto a restricciones y condiciones que pueden hacerlos inconvenientes, más caros o prácticamente inaccesibles. La referencia a “uso, es decir el consumo del servicio”, tiene la intención de evitar que los Miembros incumplan sus compromisos, mediante legislaciones prohibitivas al consumo¹⁷².

2. “El acceso a servicios que se ofrezcan al público en general por prescripción de esos Miembros, y la utilización de los mismos, con motivo del suministro de un servicio”. Se refiere a limitaciones en la prestación de servicios auxiliares suministrados en el país donde el servicio es prestado, que constituye una barrera al suministro de servicios¹⁷³.

3. “La presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un Miembro en el territorio de otro Miembro para el suministro de un servicio”. Se refiere a los Modos 2 y 4, son medidas que restringen el número de personas extranjeras permitidas o la manera de su incorporación, como las titulaciones necesarias y experiencia que deben tener, para que puedan integrarse al mercado de otro Miembro.

La relación de medidas que afectan al comercio de servicios del art. XXVIII c) arriba señalada, como ya hemos mencionado, es indicativa, por lo que el alcance de la aplicación del AGCS es amplio.

¹⁷¹ En el caso *CE – Banano III*, el Grupo Especial señaló ejemplos tales como los requisitos de licencias, limitaciones numéricas y regulaciones sobre el cambio de divisas. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE – Banano, III*, Doc. WT/DS27/R, *cit. Vid.* también Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, (CE – Banano, III)*, Doc. WT/DS27/AB/R, 9 de septiembre de 1997, párr. 7.280.

¹⁷² *Vid.* BORCHERT, I., GOOTHIZ, B. Y MATTO, A., "Restrictions on Services Trades and FDI in Developing Countries", *op. cit.*, *op. cit.*, p. 548, MUNIN, N., "The GATS: a legal perspective on crossroads of conflicting interests", *op. cit.*, p. 75.

¹⁷³ Por ejemplo, la infraestructura de transporte como caminos, líneas de tren, caminos de agua interiores (*inland waterways*), puertos, aeropuertos, etc., los que son imprescindibles para los servicios de transporte. Otro eje amplio se ilustra en los servicios de telecomunicación, en los cuales son necesarias las redes de telecomunicación. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones, (México – Telecomunicaciones)*, Doc. WT/DS204/R, 2 de abril de 2004.

Esta disposición también implica que *a priori* ninguna medida se excluye del alcance del AGCS. En este sentido, en el Caso *CE – Banano III*, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación estuvieron de acuerdo en que el significado originario del término “afectan” no conlleva ninguna noción “limitativa” al contenido del AGCS, o a ciertos tipos específicos de medidas, o un dominio regulatorio particular. Las medidas incluidas en el art. XXVIII c) no son limitativas del significado de medidas que afectan al comercio de servicios, que es más bien amplio.

En la interpretación del OSD, el término “afecta” en el AGCS tiene también un alcance amplio basado en el significado ordinario de la palabra (implica que una medida tiene “un efecto en”), apoyado en la interpretación dada en el contexto del art. II del GATT que es más amplio de que regular o gobernar el CIS¹⁷⁴. El amplio significado del término “afecta” en el contexto del AGCS se deriva de la abierta interpretación de sus disposiciones. Se puede afirmar que la noción “afecten al comercio de servicios”, no está limitada a las medidas que regulan directamente el comercio de servicios¹⁷⁵, ya que una medida puede no regular directamente el suministro de unos servicios o regular otros aspectos comerciales, pero sin embargo afectar al comercio de servicios¹⁷⁶.

El Grupo Especial y el Órgano de Apelación del a OMC no solamente han interpretado la frase “medidas que afectan al comercio de servicios”, sino que también ha tenido que decidir respecto al posible solapamiento en el alcance del AGCS y el GATT¹⁷⁷. El Órgano de Apelación y el Grupo

¹⁷⁴ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, párr. 220. *Vid.* también Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Automóviles*, Docs. WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, *cit.* párr. 158. Para determinar si la medida afecta al CIS se requiere un análisis cuidadoso de la provisión de servicios dentro de un mercado particular. *Ibid.*, párr. 164. No es suficiente establecer que cierta medida “bears upon” (tenga influencia en) condiciones de competencia, la medida debe afectar a los proveedores de servicios en su capacidad como proveedores de servicios.

¹⁷⁵ De acuerdo al caso *CE – Banano III*, las disciplinas del AGCS se aplican, en principio, a cualquier medida de un Miembro en la extensión que afecten al suministro de servicios, sin importar si dicha medida regula directamente la prestación de unos servicios o si regula otros aspectos que afectan indirectamente o tienen repercusión en el CIS. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE – Banano, III*, Doc. WT/DS27/R, *cit.*, párr. 7.277–7.286; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, párr. 217– 222. *Vid.* también MATTOO, A., “MFN and the GATS”, World Bank, Washington DC, 1999; ZDOUC, W., “WTO Dispute Settlement Practice Relating to the General Agreement on Trade in Services”, en ORTINO, F. Y PETERSMANN, E.-U. (eds.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Kluwer Law International, 2004, pp. 381-420.

¹⁷⁶ El Grupo Especial reconoce que la lista del art. XVIII c) i), ii) y iii) es ilustrativa y señala que las “medidas referentes a” no describen ninguna medida que afecta al CIS, sino que esta lista describe que dichas medidas podrían regularse. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, párr. 7.280.

¹⁷⁷ En el sentido que las medidas que afectan al comercio de bienes podrían ser al mismo tiempo medidas que afectan al comercio de servicios. La cuestión del solapamiento se presenta en cada uno de los casos desde diferentes ángulos. En *Canadá – Publicaciones* el argumento del demandado fue que un Miembro que no ha hecho compromisos específicos en un determinado sector no podía ser responsable bajo el GATT por medidas que regulan directamente este sector de servicios pero los cuales indirectamente afectan al comercio de bienes. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Canadá – Publicaciones*, Doc. WT/DS31/R, *cit.*, párrs. 5.13, 5.19, e Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, párrs. 17–20. En *CE – Banano III* el demandado argumentó que una medida tomada por un Miembro para regular el comercio de bienes no puede ser inconsistente con las obligaciones que emanan del AGCS. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE – Banano, III*, Doc. WT/DS27/R, *cit.*, párrs.

Especial estuvieron de acuerdo¹⁷⁸ en que la entrada en vigor del AGCS no disminuyó el alcance de las aplicaciones del GATT y que el solapamiento entre los aspectos centrales en el GATT y el AGCS era inevitable y no debía minar la coherencia del sistema de la OMC¹⁷⁹. Existe cohesión de ambas obligaciones y son acumulativas. Las obligaciones del AGCS no anulan a las del GATT.

Un elemento final a considerar es que si bien el art. I del AGCS señala que las disposiciones del Acuerdo se aplican a las medidas que “afectan al comercio de servicios”, se ha interpretado que el Acuerdo se aplica también a las medidas que afectan a los proveedores del comercio de servicios¹⁸⁰. Según MUNIN, el AGCS reconoce que muchas de las barreras al CIS están dirigidas directamente a sus proveedores¹⁸¹, en tanto que “proveedor de servicios” es definido en el AGCS como “toda persona que suministre un servicio”. Cuando el servicio no sea suministrado por una persona jurídica directamente sino a través de otras formas de presencia comercial, (por ejemplo una sucursal o una oficina de representación), se otorgará al proveedor de servicios (es decir, a la persona jurídica), a través de esa presencia, el trato otorgado a los proveedores de servicios en virtud del Acuerdo. En este sentido, una medida puede afectar a los proveedores de servicios respecto a su “capacidad como proveedores de servicios”¹⁸².

2. Sectores cubiertos

En el AGCS, el término “servicios” comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales¹⁸³. Esta definición implica que el AGCS tiene un enfoque amplio y que intenta cubrir todos los sectores comerciales de servicios,

7.277–7.286 y el Informe del Órgano de Apelación, *CE — Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, 218–222. En *Canadá — Publicaciones*, Canadá reclamó que el art. II del GATT no se aplica a una restricción impuesta cuando se trata de una medida perteneciente a servicios de publicidad que estaban dentro del ámbito del AGCS. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Canadá — Publicaciones*, Doc. WT/DS31/R, *cit.*, párr. 3.35.

¹⁷⁸ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Canadá — Publicaciones*, Doc. WT/DS31/R, *cit.*, párr. 5.17; Informe del Órgano de Apelación, *CE — Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, párr. 220–222.

¹⁷⁹ En el caso *Canadá — Publicaciones*, el Órgano de Apelación concluyó que no había necesariamente una norma que regulara la aplicabilidad del AGCS respecto a los impuestos, porque ésta era una medida que claramente se aplicaba a los bienes. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Canadá — Publicaciones*, Doc. WT/DS31/AB/R, *cit.*, párrs. 18–22.

¹⁸⁰ A diferencia del GATT que se aplica solamente al comercio de bienes pero no a los proveedores de bienes. En el AGCS varias disposiciones hacen referencia expresa en este sentido, como el art. II sobre Trato de la nación más favorecida. “... cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios...”; art. XVI sobre Acceso a los mercados: “... cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de los demás Miembros un trato no menos favorable...”; art. XVII sobre Trato nacional: “..., cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro...”

¹⁸¹ *Vid.* MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸² *Vid.* KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*

¹⁸³ De conformidad con el art. I:3 b). del AGCS.

en tanto que ningún servicio está excluido *a priori* del proceso de liberalización¹⁸⁴. También es una definición abstracta y tautológica que refleja la falta de una definición totalmente aceptada del término “servicios”.

El significado de “sector” que da el AGCS como “la totalidad de ese sector de servicios incluidos todos sus subsectores”¹⁸⁵ no aclara el contenido de sector de servicios y es circular. Además, la definición de “sector” del AGCS diferencia lo que se entiende por sector en general y sector para el propósito de los compromisos específicos¹⁸⁶, lo que para ZDOUC es una expresión de la diferencia entre el alcance y la cobertura del AGCS¹⁸⁷.

Los “servicios gubernamentales”¹⁸⁸ son la excepción general de los sectores cubiertos y están excluidos del marco del AGCS, siempre y cuando se refieran a los servicios suministrados en el ejercicio de las facultades gubernamentales, esto implica “que no se suministren en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios”¹⁸⁹. Estas condiciones son acumulativas y cabe la posibilidad de que los servicios sean suministrados por entidades que estén fuera de la estructura del gobierno, previstas del poder delegado para ello. En el sector de los servicios financieros, se establece una excepción semejante y se define de manera funcional el alcance sectorial de “autoridad gubernamental”¹⁹⁰. Entre los ejemplos característicos de servicios gubernamentales cabe citar la policía, la protección contra incendios, las operaciones de política monetaria, la seguridad social obligatoria y la administración de impuestos y aduanas, cuidado de salud, educación básica, servicios penitenciarios, entre otros.

La otra excepción específica sobre los sectores cubiertos por el AGCS está señalada en el Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo, en este anexo solamente están incluidas las medidas que afectan a los servicios de reparación y mantenimiento de aeronaves, a la venta y

¹⁸⁴ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *CE — Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, párr. 220; ZACHARIAS, D., “Article I GATS”, *op. cit.*, p. 43.

¹⁸⁵ Vid. Art. XXVIII e) ii) del AGCS.

¹⁸⁶ Vid. Art. XXVIII e) del AGCS.

¹⁸⁷ Vid. ZDOUC, W., “Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS”, *op. cit.*, p. 106.

¹⁸⁸ Al explicar los servicios públicos en relación a los PED, volveremos a analizar con mayor detalle a la definición de servicios gubernamentales y servicios en el ejercicio de la autoridad gubernamental. Cabe señalar ahora que los servicios gubernamentales pueden ser prestados en una base privada o pública, en tanto que algunos de ellos están exentos de privatización o liberalización comercial. Servicios tradicionalmente considerados servicios gubernamentales al ser privatizados en años pasados recientes caen ahora dentro del alcance del AGCS

¹⁸⁹ Vid. Art. I párr. 3 c) del AGCS.

¹⁹⁰ Vid. Art. 1 b. del anexo en Servicios Financieros, explícitamente de se refiere al art. I:3b del AGCS. El art. 1 b. y c. señala que: la ausencia de autorización gubernamental para competidores para suministrar respectivos servicios, en actividades conducidas por una entidad pública por cuenta o con garantía de los recursos financieros del Estado, y las actividades que formen parte de un sistema legal de seguridad social o de planes de jubilación públicos, están más allá del alcance del Anexo. Art. 1 b. i) y 5 c. ii) se refieren a los bancos centrales y las entidades privadas que realizan funciones usualmente realizadas por autoridades monetarias y califican dentro del marco de esta excepción.

comercialización de los servicios de transporte aéreo y a los servicios de sistemas de reserva informatizados (SRI). Se excluyen las medidas que afectan a los derechos de tráfico y los servicios directamente relacionados con el ejercicio de tráfico aéreo¹⁹¹.

Los sectores de servicios cubiertos por el AGCS han sido delimitados de manera ilustrativa por la OMC mediante la "Lista de clasificación sectorial de servicios"¹⁹², documento que identifica 12 sectores de servicios básicos, y 160 subsectores. Este documento, que legalmente no forma parte integrante del AGCS¹⁹³, fue creado por el GNS de la Ronda Uruguay para facilitar la realización de los compromisos específicos sobre servicios, y aporta un formato común que los Miembros usan generalmente¹⁹⁴.

3. Modos de suministro de servicios

Como señala STOLL, el alcance del AGCS está determinado por lo que comprende el CIS, más que por el término servicios o sectores de servicios¹⁹⁵ y el CIS en el AGCS se define en virtud de las diferentes categorías o modos en que puede realizarse el suministro de servicios¹⁹⁶.

Los modos de suministro del AGCS se determinan en función de si la presencia territorial en el momento de la transacción es del proveedor o del consumidor del servicio y sobre la base del origen del proveedor y del consumidor del servicio. De esta forma, el AGCS toma en cuenta al definir el CIS la característica tradicional de los servicios, que es su naturaleza intangible y no

¹⁹¹ Vid. art. 2 del Anexo en Transporte Aéreo. Esta exclusión está sujeta a un examen periódico. Se da una prioridad de facto a las redes de acuerdos bilaterales de servicios aéreos celebrados bajo los auspicios de la Convención de Chicago y la ICAO.

¹⁹² Vid. RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES DE SERVICIOS, *Lista de clasificación sectorial de los servicios*, Doc. MTN.GNS/W/120, 10 de marzo 1991, p. 37-43. Los sectores incluidos son: Servicios prestados a las empresas (incluidos los servicios profesionales y de informática); Servicios de comunicaciones; Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos; Servicios de distribución; Servicios de enseñanza; Servicios relacionados con el medio ambiente; Servicios financieros (incluidos los relacionados con los seguros y los bancarios); Servicios sociales y de salud; Servicios de turismo y relacionados con los viajes; Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos; Servicios de transporte; Otros servicios no comprendidos en otros epígrafes. Con arreglo a este sistema de clasificación, cualquier sector de servicios puede ser incluido en la Lista de compromisos (sobre acceso a los mercados y trato nacional).

¹⁹³ Porque esto podría haber complicado el procedimiento para la modificación de los compromisos específicos, ya que puede ser más fácil adaptar los compromisos específicos a los nuevos tipos de transacción de servicios que surgieran; ZDOUC, W., "Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS", *op. cit.*, p. 107.

¹⁹⁴ Vid. RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES DE SERVICIOS, *Lista de clasificación sectorial de los servicios*, Doc. MTN.GNS/W/120, 1991, *cit.* Está basado en la clasificación central de productos de la ONU, ONU, "Revised Central Product Classification - CPC- Version 1C", Department of International Economic and Social Affairs. Statistical Office of the UN, Statistical Papers Series M Nr 77, New York, 1991.

¹⁹⁵ Vid. STOLL, P.-T. Y SCHORKOPF, F., *WTO - World Economic Order, World Trade Law*, MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW, *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Netherland, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 188.

¹⁹⁶ El art. XVIII b) del AGCS define al suministro de un servicio, señalando que abarca la producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio.

almacenable, e intenta a la vez encontrar un balance entre la necesidad de movilidad del consumidor y del productor y los intereses de liberalizar la inversión extranjera de servicios y la migración internacional¹⁹⁷. Es importante distinguir los modos de suministro, ya que los Miembros de la OMC, en virtud a los compromisos específicos que asumen sobre AM y TN, determinan las condiciones de su CIS en función de los mismos. Estos compromisos se realizan no solo en una base de sector por sector, sino también en una base de modo por modo.

El CIS según el art. I:2 del AGCS¹⁹⁸ constituye el suministro de un servicio¹⁹⁹ que se realiza en alguno los 4 modos²⁰⁰ que se explican a continuación:

a. Modo 1: suministro transfronterizo

El suministro de un servicio que se realiza “*del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro*”. También es descrito como “El servicio que se presta dentro del territorio del Miembro, desde el territorio de otro Miembro”²⁰¹. Son ejemplos de suministro transfronterizo los servicios de telecomunicación y los servicios de telefonía internacional, y servicios postales y de correos, el transporte internacional, y los servicios incorporados en mercancías que son exportadas²⁰². Este modo de suministro incluye también la consultoría o informes sobre investigación de mercado, asesoramiento tele-médico, capacitación a distancia y proyectos de arquitectura, entre otros.

Es el modo en el que no se requiere presencia simultánea entre el proveedor del servicio y el consumidor del servicio²⁰³, el servicio en sí mismo es el que se considera que cruza la frontera. A

¹⁹⁷ Vid. ZDOUC, W., "Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS", *op. cit.*, p. 98.

¹⁹⁸ De conformidad con el art. I párr. 2 del AGCS; como se explicó en el capítulo I, la definición de servicios del AGCS se basa en la clasificación de CIS realizada por SAMPSON Y SNAPE en 1985. SAMPSON, G. P. Y SNAPE, R. H., "Identifying Issues in Trade In Services", *World Economy*, vol. 8, no. 2, 1985, pp. 171-182.

¹⁹⁹ De conformidad con el art. XXVIII b) del AGCS “El suministro de un servicio” abarca todo el proceso de la producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio.

²⁰⁰ Es importante distinguir los 4 modos de suministro, ya que los Miembros de la OMC, en virtud a los compromisos específicos que asumen sobre AM y TN, determinan las condiciones de su CIS. Estos compromisos se realizan no solo en una base de sector por sector sino también en una base de modo por modo. Vid. FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 823; ZACHARIAS, D., Article I GATS, en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C., *WTO - Trade in Services*, *op. cit.*, p. 49.

²⁰¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 28 de marzo 2001, p. 10.

²⁰² Ver en la definición de servicios del capítulo I, lo explicado sobre servicios “*embodied*” o incorporados en los bienes. Son servicios suministrados en o por un medio físico, por ejemplo disquetes de ordenador o diseños de arquitectura.

²⁰³ Según los artículos del AGCS XXVIII g), j), i) respectivamente: "proveedor de servicios" significa toda persona que suministre un servicio en tanto que "consumidor de servicios" significa toda persona que

diferencia de los otros modos, normalmente en el Modo 1 no se necesita el desplazamiento del consumidor o proveedor o de ambos para que se genere la transacción²⁰⁴. De otra forma, si fuera necesaria la presencia del proveedor en el país de acogida, borraría la línea divisoria entre el Modo 1 y 3 y dejaría al Modo 1 sin significancia. Constituye el modo que más se asemeja al comercio internacional de bienes, que implica normalmente el movimiento transfronterizo del producto. Por ejemplo, en una consultoría por internet, un usuario del país A recibe servicios del extranjero a través de su infraestructura de telecomunicaciones.

La falta de referencia en el AGCS respecto al proveedor de los servicios en el Modo 1 ha sido interpretada por el OSD en el sentido de que el lugar donde el proveedor de servicios en sí mismo opera o está presente no es directamente relevante para la definición del Modo 1²⁰⁵.

b. Modo 2: consumo en el extranjero

“Suministro de servicios en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro”, también es descrito como “el servicio que se presta a un consumidor del Miembro, fuera de su territorio, en el territorio de otro Miembro”²⁰⁶. El ejemplo usual son los servicios de turismo o estudiantes que viajan al extranjero para realizar sus estudios y pacientes que reciben servicios médicos en el extranjero. Este modo también es llamado movimiento transfronterizo de consumidores, ya que el consumidor del servicio es el que normalmente se desplaza a través de la frontera y el servicio es suministrado fuera del territorio de donde el consumidor es originario.

Normalmente suele ser necesario el movimiento real del consumidor, pero puede darse también el caso en que el consumidor no se mueva al extranjero y pueda, sin embargo, ser el usuario o receptor final de un servicio. Esto pasa cuando el servicio suministrado está contenido o

reciba o utilice un servicio. Para el Acuerdo “persona” se refiere tanto a una persona física como a una persona jurídica. Sin embargo, algunas veces determinar si una persona es un *proveedor de servicios* no es evidente, especialmente en una situación donde una entidad lleva a cabo un rango de actividades que involucran tanto el comercio de bienes como de servicios. *Vid.* ZDOUC, W., “WTO dispute settlement practice relating to the GATS”, *Journal of International Economic Law*, vol. 2, 1999, pp. 295-346, p. 327. En el caso *CE – Banano III* el Órgano de Apelación señaló sobre las empresas integradas que “incluso si está integrada verticalmente, e incluso si desempeña otras funciones relacionadas con la producción, importación, distribución y elaboración de un producto, en la medida en que también suministre “servicios comerciales al por mayor” es un proveedor de servicios comprendido en el ámbito del AGCS”. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, párr. 227.

²⁰⁴ *Vid.* MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T. J. Y MAVROIDIS, P. C., “Trade in Services (chapter 16)”, *op. cit.*, p. 616.

²⁰⁵ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *México — Telecomunicaciones*, Doc. WT/DS204/R, *cit.*, párr. 7.30. La cuestión era si los servicios de telecomunicación prestados por un proveedor de servicios de EEUU a consumidores en México, sin que operara o estuvieran presentes en México, podrían considerarse un suministro transfronterizo de servicios.

²⁰⁶ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*, p. 9.

“*embodied*” en un producto relacionado a un consumidor, si dicho producto es mandado fuera solamente con el fin de consumirse un servicio. Por ejemplo, en la reparación de embarcaciones en un embarcadero del extranjero, lo que se sitúa en el extranjero es el barco, y no se requiere que el propietario del bien sea el que haga el movimiento transfronterizo.

c. Modo 3: presencia comercial

Suministro de servicios por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia comercial en el territorio de cualquier otro²⁰⁷. También es descrito como “el servicio que se presta dentro del territorio de un Miembro, mediante la presencia comercial del proveedor”²⁰⁸. Son ejemplos del Modo 3 los servicios bancarios operados en el ámbito doméstico por un banco extranjero mediante una sucursal, o un abogado que establece una empresa en el extranjero. En este caso los servicios son entregados fuera del territorio de donde el proveedor proviene. En el AGCS la presencia comercial, en el territorio del Miembro donde el servicio es prestado, hace referencia a “todo tipo de establecimiento comercial o profesional”²⁰⁹. El establecimiento se realiza, entre otros medios, a través de la constitución, creación, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica²¹⁰ y también de la creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación. Estas formas de presencia comercial mencionadas en el art. XVIII del AGCS, no tienen carácter exclusivo, por lo que el AGCS podría dar cobertura a cualquier tipo de presencia permanente de un proveedor de servicios de otro Miembro²¹¹. Además el Consejo del Comercio de Servicios (CCS), en el documento sobre las directrices para la consignación en listas de los

²⁰⁷ *Vid.* Art. I:2 c) del AGCS. Tal como aclara el OSD, esta disposición prevé que el proveedor de un servicio tenga una presencia comercial, es decir algún tipo de establecimiento comercial o profesional, dentro del territorio de cualquier otro Miembro. Pero no señala cualquier otro requisito de orden territorial (como en el suministro transfronterizo en el Modo 1) o a la nacionalidad del usuario del servicio (como en el suministro en el extranjero en el Modo 2). “El suministro del servicio mediante la presencia comercial no excluiría, por tanto, un servicio que se originase en el territorio en el que está establecida la presencia comercial (tal como México), pero del que se hiciera entrega en el territorio de cualquier otro Miembro (tal como los Estados Unidos).” *Vid. Informe del Grupo Especial, México — Telecomunicaciones, Doc. WT/DS204/R, cit., párr. 7.375.*

²⁰⁸ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001, Doc. S/L/92, 2001, cit., p. 9.*

²⁰⁹ Ver la definición de presencia comercial para el AGCS en el art. XXVIII d. i) d ii). El establecimiento comercial que se realiza “a través, entre otros medios, de: i) la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica, o ii) la creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación, dentro del territorio de un Miembro con el fin de suministrar un servicio”.

²¹⁰ Ver la definición de “persona jurídica” adoptada por el AGCS en el art. XXVIII l), m), y n). En particular la aclaración siguiente: En el caso de suministro de servicios mediante presencia comercial, para que sea considerada “persona jurídica”, ésta debe ser propiedad o estar bajo el control de una persona física o jurídica de otro Miembro. Es “propiedad” de personas de un Miembro si estas personas tienen la plena propiedad de más del 50 por ciento de su capital social, y está “bajo el control” de personas de un Miembro si éstas tienen la facultad de designar a la mayoría de sus directores o de dirigir legalmente de otro modo sus operaciones.

²¹¹ *Vid.* ZACHARIAS, D., “Article I GATS”, *op. cit.*, p. 51.

compromisos, aclara que la presencia comercial no solo se refiere al sentido jurídico estricto de “personas jurídicas” sino también a la presencia de “entidades jurídicas que comparten algunas de sus características”, “quedan pues incluidas, entre otras, las sociedades de capital, empresas mixtas, asociaciones, oficinas de representación y sucursales”²¹². Se ha destacado que el Modo 3 esencialmente implica un acuerdo internacional para liberalizar la inversión extranjera directa que realiza el proveedor de los servicios ²¹³ y busca la integración en la economía del Estado receptor de la inversión²¹⁴. Por ejemplo, un Miembro que permite a bancos extranjeros o compañías de seguros vender servicios bancarios bajo el Modo 3, está de hecho abriendo el sector bancario a la inversión extranjera²¹⁵.

d. Modo 4: presencia de personas físicas

Suministrado por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro. De igual forma se entiende que existe, cuando “el servicio se presta dentro del territorio del Miembro y el proveedor se encuentra presente como persona física”²¹⁶. Por ejemplo, los modelos profesionales y artistas que viajan al extranjero, consultor, profesional sanitario, un programador de sistemas, que suministran un servicio en el país en calidad de proveedor independiente. También puede constituir Modo 4 un abogado contratado en un despacho en un país A que represente a un cliente frente a una corte en un país B; empleados de una consultoría, un hospital o una constructora que viajar a un país B encomendados para realizar una determinada tarea, ellos suministran un servicio en el país como empleados de un proveedor de servicios extranjero.

Para que se constituya el Modo 4 es necesaria la presencia de una persona natural en el extranjero²¹⁷. En este caso el servicio es prestado fuera del territorio de origen del proveedor, y el proveedor, que es una persona natural, está presente en el territorio donde el servicio es prestado.

²¹² Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*; CHANG, P., KARSENTY, G., MATTOO, A. et al., "GATS, the modes of supply and statistics on trade in services", *Journal of World Trade*, vol. 33, no. 3, 1999, pp. 93-115, p. 10;

²¹³ Vid. MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T. J. Y MAVROIDIS, P. C., "Trade in Services (chapter 16)", *op. cit.*, p. 617.

²¹⁴ Vid. Segura 20101 p. 147; CHANG, P., KARSENTY, G., MATTOO, A. et al., "GATS, the modes of supply and statistics on trade in services", *op. cit.*, p. 99; HOEKMAN, B., "Assessing the General Agreement on Trade in Services", *op. cit.* pp. 88–124; ZACHARIAS, D., article I GATS, en ;WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C., *WTO - Trade in Services*, *op. cit.*, p. 52.

²¹⁵ Vid. MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T. J. Y MAVROIDIS, P. C., "Trade in Services (chapter 16)", *op. cit.*, p. 617.

²¹⁶ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*, p. 9.

²¹⁷ Para la delimitación de “persona natural de otro Miembro”, *vid. art. XXVIII (k) del AGCS.*

Este modo comprende a la persona natural cuando ella misma suministra los servicios (servicios profesionales autónomos) y cuando estas personas físicas tienen la condición de empleado del proveedor de los servicios y se encuentran en otro Miembro de la OMC para suministrar un servicio²¹⁸. Las personas físicas empleadas por un proveedor de servicios, podrían ser las siguientes categorías de empleados: personal transferido dentro de una misma empresa; personas en visita de negocios; proveedores de servicios por contrato; empleados de proveedores extranjeros de servicios establecidos en el país²¹⁹. En el caso de presencia de persona física de un empleado, el empleador puede ser otra persona natural o persona jurídica. Estas personas pueden estar ubicadas en el extranjero o tener una presencia comercial en el territorio donde el servicio es consumido o prestado²²⁰.

Cabe señalar que existe un solapamiento conceptual y dificultades de diferenciación con el Modo 3 cuando la persona natural empleador es una presencia comercial que está también presente dentro de un territorio en el que el servicio se está suministrando, o cuando la persona natural proveedor bajo el Modo 4 decide crear una presencia comercial dentro del significado del Modo 3²²¹.

El movimiento de personas naturales está también sujeto al Anexo en el Movimiento de Personas Naturales, el cual establece ciertas salvedades, y aclarara que el AGCS se aplica como un medio para liberalizar el movimiento temporal²²² de personas naturales y no a medidas que afectan a las personas naturales que buscan acceder al mercado de trabajo²²³, ni a las medias sobre ciudadanía, residencia o empleo permanente²²⁴. No está establecida la forma de determinar que la

²¹⁸ Vid. párr. 1 del Anexo de Personas Naturales Proveedores de Servicios en el Marco del Acuerdo; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, cit., p. 10.

²¹⁹ En una nota informal preparadas por la Secretaría del Consejo de Servicios se señalan las categorías de personas naturales incluidas generales en los listados de compromisos de Modo 4 y presenta una descripción de los elementos principales de estas categorías. Vid. WTO, COUNCIL FOR TRADE IN SERVICES, SPECIAL SESSION, *Categories of Natural Persons Subject to Commitments under Mode 4*, Informal Note by the Secretariat, Doc. JOB(03)/195, 3 October 2003.

²²⁰ Vid. FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 826.

²²¹ Vid. ZDOUC, W., "Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS", *op. cit.*, p. 101. Ver también en este sentido ZACHARIAS, D., "Article I GATS", en ;WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C., *WTO - Trade in Services*, *op. cit.*, p. 53.

²²² Vid. MATSUSHITA y otros, apuntan que la única indicación de que el movimiento temporal de personas naturales debe ser "temporal", está en el párr. 4 del Anexo de Personas Naturales Proveedores de Servicios en el Marco del Acuerdo, en tanto que en el texto del AGCS no hay ninguna referencia.

²²³ Sin embargo, el art. V bis del AGCS permite que se realicen acuerdos de integración del mercado laboral.

²²⁴ Vid. párr. 2 del Anexo de Personas Naturales Proveedores de Servicios en el Marco del Acuerdo., "El Acuerdo no será aplicable a las medidas que afecten a personas físicas que traten de acceder al mercado de trabajo de un Miembro ni a las medidas en materia de ciudadanía, residencia o empleo con carácter permanente".

presencia de personas físicas es temporal y no permanente. Los Miembros deben señalar en su lista de compromisos la duración autorizada de la estancia para las diferentes categorías de personas²²⁵.

Además, establece que el AGCS no estipula restricciones en la aplicación de requisitos de visado, controles de entrada u otras medidas a la protección de la integridad de las fronteras, destinadas a las personas físicas de ciertos Miembros, siempre que las medidas no anulen o menoscaben los beneficios resultantes de un compromiso específico en servicios²²⁶. No se considera que el solo hecho de exigir un visado a las personas físicas de ciertos Miembros y no a otros anula o menoscaba las ventajas resultantes de un compromiso específico²²⁷.

El anexo deja abierta la posibilidad a los Miembros para negociar compromisos específicos en acceso al Mercado y TN en cualquier sector de servicios mediante este modo de suministro²²⁸. No hay un anexo comparable que limite el alcance de cualquier otro modo de suministro como la presencia comercial, lo que hubiera sido recomendable a fin de tomar en cuenta las preocupaciones de los PED sobre la inversión extranjera directa.

También se acordó en relación al Modo 4 el Protocolo sobre el movimiento de personas físicas²²⁹, acuerdo adicional del AGCS firmado al inicio de las negociaciones posteriores a la Ronda Uruguay. Éste requiere a los Miembros que adquieran compromisos adicionales bajo el Modo 4 en varios sectores. Se esperaba que los PD asumieran mayores compromisos, sin embargo, la general incidencia de estos compromisos adicionales es modesto, especialmente en sectores de servicios donde los PED tienen una ventaja comparativa, es decir los servicios relacionados con actividades de trabajo semi-cualificados y no cualificados (como los servicios de construcción).

En teoría, el AGCS también establece la liberalización de múltiples modos de suministro en casos donde es posible suministrar una transacción de servicios en más de un modo²³⁰. Sin embargo el alcance del AGCS respecto a los modos de prestación en la realidad es mucho más limitado, ya que si bien el art. I:2 define los posibles modos de suministro, no requiere a los Miembros su liberalización, en tanto ellos tienen el derecho de escoger qué modos de prestación en determinado sector liberalizar²³¹.

²²⁵ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*, p. 10.

²²⁶ Vid. párr. 4 del Anexo de Personas Naturales Proveedores de Servicios en el Marco del Acuerdo.

²²⁷ Vid. nota 13 del párr. 4 del Anexo de Personas Naturales Proveedores de Servicios en el Marco del Acuerdo.

²²⁸ Vid. párr. 3 del Anexo de Personas Naturales Proveedores de Servicios en el Marco del Acuerdo.

²²⁹ Vid. Acuerdos adicionales, anexos al AGCS Tercer protocolo: movimiento de personas físicas (adoptado el 21 de julio de 1995, entró en vigor el 30 de enero de 1996).

²³⁰ Vid. art. I:2 del AGCS.

²³¹ Vid. ZDOUC, W., "Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS", *op. cit.*, p. 105.

Del análisis realizado sobre el alcance del AGCS se derivan algunos elementos especialmente relevantes para los PED que se detallan a continuación.

La noción de medidas que afectan al comercio de servicios es especialmente amplia, por lo que los PED deben tener en cuenta que algunas de sus políticas, acciones o regulaciones que incidan de alguna forma en el CIS e incluso ciertas omisiones, podrían potencialmente constituir una barrera comercial al sector de los servicios. Esto es especialmente relevante por la usual carencia de capacidad técnica y regulatoria de muchos PED.

En el caso de determinar una violación al AGCS, los órganos resolutorios de la OMC determinan si la medida “afecta” al comercio de servicios, ya que algunas veces puede confundirse con una medida que afecta a un bien. Para limitar la aplicación del AGCS en las medidas que afectan al CIS, los PED deben señalarlas en los listados específicos como una exención a la NMF. Pueden señalarlas como una condición de AM o de requisitos para el trato nacional en sus compromisos específicos de servicios: por tanto interesa a los PED la definición de “medidas que afectan al comercio de servicios”.

Los modos de prestación de servicios implican la extensión en que el AGCS cubre las distintas formas en que el comercio de servicios puede tomar lugar. El alcance del AGCS respecto a los sectores de servicios cubiertos es muy amplio (en esencia afecta a todos los servicios), “excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales” que no se suministren en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios los sectores cubiertos y subsectores²³². Esto es especialmente relevante por la importancia en los PED de la provisión y regulación de los servicios públicos.

A pesar de su amplio alcance, el AGCS no afecta a la posibilidad que tienen los Miembros de reglamentar para cumplir con sus fines de política nacional²³³. Los PED tienen la opción de realizar sus compromisos en sectores específicos de una manera que liberalicen solamente el primer modo de suministro pero no el tercer modo o que liberalicen solamente el tercer modo, pero no el primer modo, dependiendo si quieren reforzar o no la inversión. En todo caso, la sensibilidad política por cuestiones relativas a inmigración hace que la liberalización del Modo 4 siga suscitando recelo en muchos PD²³⁴.

²³² Vid. art. I:3 b) y c) del AGCS.

²³³ Esta cuestión se examinará más detenidamente en el análisis relacionado con la reglamentación nacional.

²³⁴ Vid. SEGURA SERRANO, A., "El comercio internacional de servicios", *op. cit.*, p. 147.

B. Obligaciones Generales y Específicas del AGCS

El objetivo de este apartado, una vez identificado el alcance del AGCS, es analizar las obligaciones cubiertas por el Acuerdo²³⁵, lo que constituye el marco de aplicación de sus principios básicos, plasmados en las distintas disposiciones. Como veremos con mayor detalle, entre las obligaciones principales destacan la del Trato de la Nación más Favorecida (NMF), Trato Nacional (TN), Acceso a los Mercados (AM) y transparencia.

Las obligaciones fundamentales del AGCS pueden ser de carácter general o específico.

Las obligaciones específicas del AGCS son aquellas que se aplican solamente a ciertos sectores de servicios y a los subsectores enumerados en los listados de compromisos específicos de los Miembros. La aplicación del AGCS se realiza principalmente en virtud de estos compromisos específicos²³⁶ sobre AM y TN que realiza cada Miembro. Como señala MATTOO, el impacto del Acuerdo depende en gran medida de los compromisos que realicen los Miembros²³⁷. De esta manera, las obligaciones específicas del AGCS son creadas en base a estos compromisos, los que pueden limitarse mediante las excepciones de NMF, la falta de compromisos, o por la incorporación de limitaciones, condiciones o requisitos a dichos compromisos y respecto a los distintos modos de prestación o sectores de servicios.

Por otro lado, el AGCS²³⁸ incluye un marco más amplio de obligaciones generales que se deben ser asumidas por todos los Miembros²³⁹. La principal obligación general del AGCS es el de la NMF²⁴⁰, además de ella, otras obligaciones generales especialmente relevantes son las relacionadas con la transparencia, las disciplinas sobre reglamentación nacional (RN), la participación creciente de los PED, la de integración económica, y reconocimiento mutuo, la posibilidad de medidas de salvaguardia urgentes, entre otras²⁴¹. Son normas de carácter horizontal, que se exigen de manera automática e incondicional en todos los sectores de servicios, sin importar

²³⁵ Vid. ZDOUC explica la diferenciación entre “*scope*” y “*coverage*” del AGCS, (en castellano, el alcance y la medida cubierta por el Acuerdo), así diferencia entre el alcance potencial y real del Acuerdo. Vid. ZDOUC, W., “Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS”, *op. cit.*, p. 97-124.

²³⁶ Los compromisos se realizan en virtud de las disposiciones sobre AM, TN y la disposición sobre los compromisos adicionales, que se ubican en la parte II del Acuerdo, sobre Compromisos Específicos. Ver. art. XVI sobre Acceso al Mercado y art. XVII sobre Trato Nacional.

²³⁷ Vid. MATTOO, A., “National Treatment in the GATS: Corner stone or Pandora's Box?”, *Journal of World Trade*, vol. 31, no. 1, 1997, pp. 107-135

²³⁸ La parte I y II del AGCS establece las normas y principios generales sobre marco internacional del comercio de servicios. Vid. entre otros SEGURA SERRANO, A., “El comercio internacional de servicios”, *op. cit.* p. 147.

²³⁹ Estas disposiciones constituye la Parte II del AGCS, Obligaciones y Disciplinas Generales así como los distintos anexos del Acuerdo.

²⁴⁰ A diferencia del GATT que funciona con la base de dos obligaciones generales NMF y TN.

²⁴¹ Vid. art. II sobre trato de NMF, art. III sobre transparencia.

la existencia o no de compromisos sectoriales. Estas obligaciones están sujetas a ciertas reservas asumidas por los Miembros en forma de exenciones.

1. Obligaciones Generales del AGCS

Se distinguen dos grupos de obligaciones generales, por un lado las obligaciones generales incondicionales, que deben ser cumplidas de manera inmediata por todos los Miembros y en todos los sectores cubiertos por el AGCS, sin importar la existencia o no de compromisos específicos. Son por ejemplo las obligaciones de NMF, la obligación de publicación del art. III sobre transparencia, la revisión de decisiones que forma parte de la disposición de reglamentación nacional, las disposiciones sobre reconocimiento mutuo, prácticas empresariales y monopolios (NMF). Por otro lado, las obligaciones generales condicionales que se aplican automáticamente a los Miembros, pero están sujetas a ciertas condiciones. Su aplicación está restringida a aquellos sectores y modos en que los Miembros han contraído compromisos específicos. Son por ejemplo las obligaciones sobre la de medidas de aplicación general señalada en el artículo sobre reglamentación Nacional la obligación de notificación de conformidad con la disposición de Transparencia, Monopolios (AM y TN), pagos y transferencias y participación creciente de los PED. Estas obligaciones generales incondicionales o condicionales, se aplican según su contenido y no pueden modificarse listando limitaciones en los compromisos específicos²⁴².

e. Trato de la Nación Más Favorecida (NMF).

Este principio general de no discriminación entre los Miembros de la OMC, es la piedra angular del sistema multilateral del comercio y clave para tratar de “pacificar” las relaciones económicas internacionales²⁴³. Se plasma en el AGCS de conformidad con el art. II:1, el cual establece que se debe otorgar a cada Miembro un trato no menos favorable que el que se acuerde para los servicios y proveedores de servicios semejantes de cualquier otro Miembro – respecto a las medidas relacionadas con los servicios. Este trato de la NMF se debe otorgar de forma inmediata e incondicional²⁴⁴, y se aplica en base al enfoque de lista negativa²⁴⁵.

²⁴² Vid. ADLUNG, R. Y MATTOO, A., "The GATS", *op. cit.*, p. 63

²⁴³ Vid. FERNÁNDEZ PONS, X. Y LAVOPA, F., "Comentarios a los principales artículos del GATT de 1994", *Curso Virtual Institute*, UNCTAD, CEDETT, 2012, p. 5.

²⁴⁴ La disposición de trato de NMF en el AGCS tiene un ámbito de aplicación más amplio que al establecido en el GATT art. I:1, sobre trato de NMF en mercancías, ya que comprende también a los “proveedores”. Vid. Informe del Órgano de Apelación, *CE — Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, p. 233.

²⁴⁵ Solamente se puede mantener una medida inconsistente con el art. II:1, si dicha medida se lista en el Anexo sobre las exenciones del art. II y cumple sus condiciones.

El propósito principal de la obligación de trato de NMF del AGCS es garantizar la igualdad de oportunidades de los servicios y proveedores de servicios de todos Miembros de la OMC²⁴⁶. SEGURA SERRANO resalta que la obligación de NMF en el AGCS no establece como tal una condición de mayor AM, es más bien un principio de no discriminación entre suministradores de servicios extranjeros, que captura las medidas de apertura de ciertos Miembros y las extiende a todos²⁴⁷. Cualquier beneficio que se conceda a un Miembro, respecto a los servicios cubiertos por el AGCS y bajo cualquier forma de negociación, se extiende a todos los Miembros, sin importar si existen o no compromisos en ese sector. Todos los servicios y proveedores de servicios semejantes son tratados “*on a par*”, de la misma forma²⁴⁸.

La jurisprudencia de la OMC en los dos casos relacionados con el art. II del AGCS, *CE – Banano III* y *Canadá – Autos*²⁴⁹, ha examinado la obligación del trato de la NMF solamente de manera tangencial y sin el detalle necesario²⁵⁰. Lo que lleva a buscar una interpretación tomando como referencia el contenido de la obligación de NMF del GATT, tal como señala DAVEY²⁵¹, esta disposición plantea cuestiones similares a las que son examinadas en el contexto de la obligación de NMF del AGCS. Dentro de ellas la cuestión de la “semejanza” es la más complicada, ya que como veremos en el CIS se tiene que considerar la semejanza en relación a los servicios y también en relación a los proveedores de servicios, en tanto que esto último no se considera en el caso de las mercancías.

En este sentido, hay tres preguntas que deben ser contestadas a fin de determinar si se trata o no una medida que viola la obligación de tratamiento de NMF del artículo II del AGCS²⁵²:

1. Si la medida en cuestión es una medida cubierta²⁵³ por el marco del AGCS, es decir, si se refiere a una medida realizada por un Miembro y que afecta al comercio de servicios. En

²⁴⁶ Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 334. Cabe resaltar que el trato de NMF no es per se una condición de liberalización, los Miembros que restringen a proveedores de servicios o servicios extranjeros no violan esta obligación. Vid. FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 827, OECD, "Special and Differential Treatment Under the GATS", *OECD Trade Policy Working Papers*, TRADE POLICY LINKAGES DIVISION OF THE OECD TRADE DIRECTORATE (ed.), OECD Publishing., TD/TC/WP(2005)24/FINAL, January, Paris, 2006, p. 8.

²⁴⁷ Vid. SEGURA SERRANO, A., "El comercio internacional de servicios", *op. cit.* p. 150.

²⁴⁸ Vid. ADLUNG, R. Y MATTOO, A., "The GATS", *op. cit.*, p. 65.

²⁴⁹ Los dos casos relacionados con el art. II son *CE – Banano III* y *Canadá – Autos*, referidos a cuestiones de mercancías y que incluían reclamaciones sobre la distribución de bienes. En tanto se revisó el cumplimiento de obligaciones del AGCS ya que tanto la UE como Canadá habían realizado compromisos en el sector de la distribución al por mayor.

²⁵⁰ Sobre un estudio de los casos, *vid.* ZDOUC, W., "WTO Dispute Settlement Practice Relating to the General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*; LEROUX, E. H., "Eleven Years of GATS Case Law: What Have We Learned?", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 4, 2007, pp. 749-793, p. 777 ss.

²⁵¹ Vid. DAVEY J., W., *Non-discrimination in the World Trade Organization*, vol. 14, *The Pocket Books of the Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff, 2011, p. 102.

²⁵² Lo mismo que en el caso del art. I:1 del GATT.

este sentido, cabe recordar, como ya lo hemos analizado, que el alcance del AGCS es amplio y por ende, en este sentido, el alcance de la aplicación del trato de NMF también lo es²⁵⁴.

2. Si los servicios o proveedores de servicios involucrados son “servicios similares” o “proveedores de servicios similares”. El proceso para determinar que se trata de la misma categoría de servicios o proveedores de servicios que aquellos que son “más favorecidos” por el tercer país es complejo. El AGCS no da una definición de “servicios similares y proveedores de servicios similares” y este proceso es más complicado que el realizado en el GATT, por la diversidad de sectores y modos de servicios así como por la falta de una clasificación obligatoria²⁵⁵.

La cuestión de la similitud (“likeness”) ha sido escasamente revisada en la jurisprudencia del AGCS, esencialmente solo existe respecto al trato de NMF referido de manera inconclusa a los proveedores de servicios semejantes. El Grupo Especial señaló en el caso *CE – Banano III y Canadá – Automóviles* que “en la extensión que las entidades proveen servicios semejantes, ellos son proveedores de servicios semejantes”²⁵⁶. Esta asunción es cuestionable²⁵⁷ y ha sido criticada por la doctrina²⁵⁸, ya que los proveedores de servicios

²⁵³ Ver lo explicado sobre el concepto de medidas cubiertas por el AGCS en el art. I:1, que son medidas de un Miembro y medidas que afectan al comercio de servicios. Ver en este sentido lo explicado en el punto II A 1. de este capítulo sobre medidas que afectan al comercio de servicios. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Canadá — Automóviles*, Docs. WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, *cit.*, párr. 155.

²⁵⁴ *Vid.* VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 339.

²⁵⁵ *Vid.* FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., “The General Agreement on Trade in Services”, *op. cit.*, p. 829. El Grupo de Trabajo sobre Normas del AGCS reconoce que el concepto de “likeness” en servicios es más oscuro que en el caso de mercancías. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Las subvenciones y el comercio de servicios*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/W/9, 6 de marzo 1996, párr. 9.

²⁵⁶ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE — Banano, III*, Doc. WT/DS27/R, *cit.*, párr. 7.322 y 7.346 y *vid.* también Informe del Grupo Especial, *Canadá — Automóviles*, Doc. WT/DS142/R, *cit.*, párr. 10.248. En esta disputa el fundamento se repite, pero se clarifica que se aplica en relación a los propósitos del caso, dando la posibilidad del uso de otros enfoques. *Vid.* también WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Services-Related Regulatory Challenges Faced by Developing Countries*, Note by the Secretariat, Doc. S/WPDR/W/51, 1 de marzo 2013, párr. 10.248.

²⁵⁷ Aunque el fallo no fue revisado por el Órgano de Apelación, y la cuestión de la semejanza de los proveedores de servicios no fue una cuestión demandada por las partes. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE — Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*

²⁵⁸ *Vid.* DIEBOLD, N. F., *Non-Discrimination in International Trade in Services - 'Likeness' in WTO/GATS*, *Cambridge International Trade and Economic Law*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 98–203; COSSY, M., “Some Thoughts in the concept of “likeness” in the GATS”, en PANIZZÓN, M., POHL, N., et al. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, *World Trade Forum (World Trade forum 2006)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 327-357. *Vid.* también RAI, S., “Most Favoured Nation Treatment under the General Agreement on Trade in Services”, *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 4, no. 2, 2007, pp. 59 - 87, p. 70. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, pp. 97–107; ABU-AKEEL, A. K., “The MFN as it Applies to Service Trade - New Problems for an Old Concept”, *Journal of World Trade*, vol. 33,

pueden ser diferentes y por ende podrían ser reguladas de manera diferente y las críticas han acusado al informe del Grupo Especial de simplista²⁵⁹.

La prueba de similitud de los servicios respecto al art. II del AGCS se ha venido determinado tomando en consideración la jurisprudencia del GATT²⁶⁰, la cual se basa en los siguientes criterios:

- el uso final del servicio en un determinado mercado,
- los hábitos de los consumidores y preferencias respecto a los servicios o proveedores de servicios,
- características de los proveedores de servicios, y
- la clasificación y descripción del servicio en el sistema de clasificación CPC.

Si bien todos estos criterios pueden ser útiles, según la doctrina, destacan el del uso final del servicio en un determinado mercado así como los hábitos y preferencias de los consumidores, como los más apropiados para comparar los servicios²⁶¹. Estos ayudan a determinar si dos servicios son sustituibles en un determinado mercado y son entonces un buen indicador de una relación competitiva²⁶².

En todo caso, estos criterios ayudan a determinar la semejanza del servicio, pero dejan fuera la posibilidad de determinar con claridad la semejanza de los proveedores de servicios. En tanto que los servicios pueden ser prestados de diferentes maneras, por ejemplo en diferentes modos de suministro, esta cuestión puede que incida también en la semejanza. Esta cuestión se consideró en el caso *EEUU – Juegos de azar*, respecto de las apuestas por internet y por casinos, pero el GE no se decidió al respecto, en ejercicio de la economía judicial²⁶³.

no. 4, 1999, pp. 103-129, p. 110–114; ORTINO, F., "The Principle of Non-Discrimination and its Exceptions in GATS: Selected Legal Issues", *op. cit.*, p. 23–24.

²⁵⁹ Vid. DAVEY, W. J., *Non-discrimination in the World Trade Organization : the rules and exceptions, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law*, La Hague, Hague Academy of International Law, 2012, p. 106.

²⁶⁰ Estos criterios para determinar los productos "semejantes", respecto de la cláusula del TN y NMF, son resumidos por el Órgano de Apelación en la disputa *CE — Amianto*, vid. HOEKMAN, B. M. Y KOSTECKI, M. M., "The Political Economy of the World Trading System. The WTO and Beyond. Chapter 7: Trade in Services" New York, Oxford, 2005, pp. 317-369, párr. 101. Vid. también Informe del Grupo Especial, *Canadá — Automóviles*, Doc. WT/DS142/R, *cit.*, párrs. 5.247–5.256; Informe del Grupo Especial, *Japón — Impuestos sobre las Bebidas Alcohólicas, (Japón — Bebidas alcohólicas II)*, Doc. WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, 11 de julio de 1996, párrs. 4.9, 4.51–4.58; Informe del Grupo Especial, *Canadá — Publicaciones*, Doc. WT/DS31/R, *cit.*, párrs. 3.32, 3.69–3.97. Vid. también, MATTOO, A., "National Treatment in the GATS: Corner stone or Pandora's Box?", *op. cit.*, p. 128.

²⁶¹ En tanto que los otros criterios pueden ser útiles parcialmente. Sobre una discusión de los criterios usados para determinar la "semejanza "entre servicios y proveedores de servicios revisar ZDOUC, W., "WTO Dispute Settlement Practice Relating to the General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 395–397.

²⁶² Vid. COSSY, M., "Some Thoughts in the concept of "likeness" in the GATS", *op. cit.*, p. 354.

²⁶³ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 3.149; LEROUX, E. H., "Eleven Years of GATS Case Law: What Have We Learned?", *op. cit.*, p. 779; COSSY, M., "Some Thoughts in the concept of "likeness" in the GATS", *op. cit.*

Algunos autores han planteado otros criterios para determinar la similitud de los servicios y proveedores de servicios. COSSY sugiere por ejemplo el uso de la prueba del “*aim and effect*” respecto de si la distinción regulatoria podría estar generando el trato menos favorable²⁶⁴. También sugiere introducir un tipo de “prueba de proporcionalidad o de necesidad” para asegurar que las medidas de buena fe fueran permitidas²⁶⁵. DIEBOLD, en un estudio detallado sobre los problemas legales derivados del concepto de “*like services and service suppliers*” en el AGCS, introduce una metodología detallada y plantea que el estatus de proveedores de servicios domésticos debería ser estudiado en comparación al de proveedores de servicios extranjeros, mediante este enfoque se refuerza la cuestión de la inseparabilidad de entre los servicios y los proveedores de servicios²⁶⁶. De esta forma el análisis del trato menos favorable puede ocasionar que la medida en cuestión se examina considerando si ésta afecta más negativamente al mercado relevante del grupo de proveedores de servicios y servicios extranjeros que al grupo de servicios y proveedores de servicios domésticos²⁶⁷.

3. Si el trato menos favorable se atribuye a los servicios o proveedores de servicios de un Miembro. En este aspecto, la obligación de NMF debe ser interpretada a la luz de la obligación de NMF del art. I del GATT, más que a la luz de la obligación de TN del art. XVII del AGCS. El Órgano de Apelación, en el caso *CE – Banano III*, llegó a la conclusión que la obligación de este artículo se aplica tanto a la discriminación *de jure* o *de facto*, basándose en el significado ordinario de la disposición y entendiendo que no excluye la discriminación *de facto*²⁶⁸. PAUWELYN resalta la importancia de determinar si la medida

²⁶⁴ El objetivo es determinar si esta distinción regulatoria se basa en objetivos de los servicios o proveedores de servicios, que sean diferentes a la preocupación de perseguir objetivos de política pública, no proteccionistas. La cuestión de la prueba del “*aim and effect*” no ha sido admitida en el contexto del art. II del GATT.

²⁶⁵ Vid. COSSY, M., "Some Thoughts in the concept of "likeness" in the GATS", *op. cit.*, p. 347–349.

²⁶⁶ Vid. DIEBOLD, N. F., *Non-Discrimination in International Trade in Services - 'Likeness' in WTO/GATS*, *op. cit.*, p. 209–219.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 353–356.

²⁶⁸ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, párrs. 231–234. Los reclamantes: Ecuador; Guatemala; Honduras; México; Estados Unidos aducían que el régimen de importación, venta y distribución de bananos de las CE era incompatible con los artículos I, II, III, X, XI y XIII del GATT, así como con las disposiciones del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, el Acuerdo sobre la Agricultura, el Acuerdo sobre las MIC y el AGCS. Varias reglas para el otorgamiento de licencias para bananos eran cuestionadas. El reclamante señalaba que éstas eran de origen neutral a primera impresión, pero discriminaban entre distribuidores de AL a favor de los distribuidores de la CE y de ACP. En tanto que la UE argumentaba que el AGCS se refería solamente a la discriminación *de jure* y no a la *de facto*, ya que la obligación de TN del AGCS sí hace referencia a la “discriminación *de facto*”, mientras que la obligación de NMF no lo hace. Sin embargo aceptar esto significaría que un Miembro podría fácilmente liberarse de una obligación esencial del AGCS. Vid. LEROUX, E. H., "Eleven Years of GATS Case Law: What Have We Learned?", *op. cit.*, p. 778.

en cuestión da un trato menos favorable “*de facto*” y por ende viola la obligación NMF del artículo II del AGCS, por lo que lo importante es definir la “discriminación *de facto*”²⁶⁹.

Los Miembros, de conformidad con el AGCS, pueden mantener exenciones al trato de NMF, pudiendo mantener medidas discriminatorias existentes o bien solicitar nuevas exenciones mediante autorización de la Conferencia Ministerial. De conformidad con el art. II:2 los Miembros pueden mantener aquellas exenciones que se listen en el Anexo sobre exenciones de las obligaciones del art. II y siempre que se cumplan con las condiciones establecidas en dicho Anexo del AGCS²⁷⁰. Estas exenciones deberían listarse a la entrada en vigor de la OMC o bien en la fecha de acceso del Miembro a la OMC. Las condiciones incluyen: una revisión por parte del CCS de las exenciones que tengan más de 5 años, para determinar “si las condiciones que crearon la necesidad de tal excepción aún continúan”. Las excepciones en principio no deben ser por más de 10 años²⁷¹ y deben estar sujetas a negociación en subsiguientes Rondas Multilaterales de negociación²⁷². Esta posibilidad de eximirse de la obligación de NMF, según TREBILCOCK Y HOWSE, refleja un compromiso e intercambio de concesiones entre la posición de EEUU y varios PED. EEUU no quería abrir sus mercados a países que no pudieran otorgarle el mismo grado de AM de sus servicios. Además, a otros Miembros les preocupaba que el AGCS no concordara con los existentes acuerdos bilaterales sectoriales. “En esencia los EEUU y otros países deseaban que se les permitiera continuar realizando acuerdos de liberalización basados en la reciprocidad, pero la justificación para negarse a extender estos Acuerdos a otros Miembros en una base incondicional de NMF está sujeta al escrutinio dentro del marco de la OMC”²⁷³.

²⁶⁹ Vid. PAUWELYN, J., "The unberable lightness of likeness", en PANIZZÓN, M., POHL, N., et al. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum (World Trade Forum 2006)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 358-369, p. 359. El autor presenta esta perspectiva en relación a la crítica que hace sobre el enfoque de la “similitud” que realiza COSSY y en general a la importancia que se le da a este criterio. Vid. COSSY, M., "Some Thoughts in the concept of "likeness" in the GATS", *op. cit.*.

²⁷⁰ Vid. Art. II:2 del AGCS. Esta posibilidad de listar las excepciones a la NMF terminó con la entrada en fuerza del acuerdo de la OMC. Solamente pueden obtenerse nuevas excepciones mediante la aplicación de un *waiver*, de conformidad por el Párrafo 3 del Acuerdo de la OMC.

²⁷¹ Sin embargo, muchos Miembros han indicado en sus listados de excepciones que varias medidas tienen la intención de ser indefinidas. Vid. OECD, "Trade in services: a roadmap to GATS MFN Exeptions", OECD, Working Party of Trade Committee, TD/TC/WP(2004)24/FINAL, Washington, 2004, p. 6. La mayoría de las exenciones listadas corresponde a países no OECD y muchos de ellos son PED. Actualmente existen exenciones de NMF listads en más de 500 medidas, realizadas por más de 90 Miembros de la OMC. ADLUNG, R. Y CARZANIGA, A., "MFN Exemptions Under the General Agreement on Trade in Services: Grandfathers Striving for Immortality?", *Journal of International Economic Law*, vol. 12, no. 2, 2009, pp. 357-392.

²⁷² Vid. Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del artículo II, art. 3,4, (5), 6.

²⁷³ Vid. TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., "Trade in Services (Chapter 12)", *op. cit.*, p. 361. Un antiguo representante de EEUU durante las negociaciones de la Ronda Uruguay señaló: “*However, absent market access commitments, an m.f.n. requirement means that countries with open markets must stay open to everyone, while countries with closed markets stay closed to everyone, and have no incentive to open to anyone.*” URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Meeting at Ministerial Level - Brussels*,

Existe también la excepción del requisito de NMF, es la que se concede respecto de las “ventajas” que se confirieran a los países adyacentes, con el fin de facilitar intercambios comerciales, limitados a las zonas fronterizas contiguas, respecto de los servicios que se produzcan y consuman localmente²⁷⁴. Los Acuerdos de Integración Económica, regulados en el art. V y art. V bis del AGCS, constituyen otra excepción al principio de NMF. Dichos acuerdos deben cubrir casi todos los sectores del comercio, establecer la ausencia o eliminación de discriminación entre las partes y deben no alcanzar el nivel general de barreras al comercio comparado en el nivel aplicable antes del Acuerdo²⁷⁵.

En resumen, desde la perspectiva de los PED el Trato de NMF en el AGCS es un instrumento particularmente importante, ya que pueden beneficiarse de acuerdos negociados entre otros países con mayores recursos económicos y administrativos. Si bien es cierto que existen desventajas en las negociaciones comerciales para los PED y en particular para los Miembros más pequeños, éstas no se derivan de un trato jurídicamente menos favorable. Como señalan ADLUNG Y MATTOO²⁷⁶, esta desventaja tendría su raíz en el “*unequal agenda setting power*” y no un trato discriminatorio. Por otro lado, el trato de NMF del AGCS brinda, respecto del GATT, mayor posibilidad de tomar en consideración las particularidades de los países y sectores de servicios²⁷⁷, lo que otorga mayores opciones y perspectivas respecto de los compromisos de liberalización que asumen los PED. Sin embargo, las exenciones al trato de NMF podrían generar que se mantenga un importante número de medidas que fueran inconsistentes con esta disposición. Este problema se profundiza con el hecho que las exenciones se están eternizando, posiblemente por la estructura rígida de las exenciones y la interpretación extensiva que han asumido los Miembros de las exenciones existentes²⁷⁸. Finalmente, la complejidad del contenido de NMF y la falta de una interpretación profunda por parte de los órganos resolutorios lleva a que los PED tengan cierta incertidumbre respecto de si alguna de sus regulaciones nacionales viola la obligación de tratamiento de NMF del artículo II del AGCS.

December 1990 - United States - Statement by Ambassador Carla a. Hills, United States Trade Representatives, Doc. MTN.TNC/MIN(90)/ST/24, 3 December 1990.

²⁷⁴ *Vid.* Art. II:3 del AGCS.

²⁷⁵ Cuestión que se revisará con más detalle al estudiar el art. V del AGCS.

²⁷⁶ *Vid.* ADLUNG, R. Y MATTOO, A., "The GATS", *op. cit.*

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 64. Respecto al último argumento, los autores relacionan el alcance más flexible del AGCS con su amplia cobertura de ámbitos de servicios, incluidos los relacionados con la inversión, tradicionalmente realizado mediante acuerdos bilaterales. Así como el concepto de reciprocidad entre los sectores específicos que está extendido en el AGCS, en particular en sectores de servicios profesionales y transporte.

²⁷⁸ *Vid.* ADLUNG Y CARZANIGA recomiendan un enfoque más flexible de las excepciones al art. II del AGCS, lo que puede llevar a los Miembros a un uso más racional de las mismas. *Vid.* ADLUNG, R. Y CARZANIGA, A., "MFN Exemptions Under the General Agreement on Trade in Services: Grandfathers Striving for Immortality?", *op. cit.*

f. *Transparencia*

La transparencia es en general un principio de buena gobernanza, esencial para dar legitimidad a cualquier sistema. Es también uno de los principales principios de normas de cualquier sistema regulatorio, según AIDA Y NELSON²⁷⁹ la transparencia en la regulación conduce a una gobernanza más justa y efectiva, mejorado la confianza pública en el entorno regulatorio y gubernamental. También hace más difícil que los reguladores sean capturados por grandes empresas, lo que ayuda a mejorar su independencia y autonomía. Ayuda a que otros importantes principios de regulación como independencia y *accountability* de los reguladores sean alcanzados. La transparencia es considerada como uno de los 6 elementos necesarios para eliminar las barreras innecesarias al comercio, permitiendo la implementación de acuerdos internacionales y fortaleciendo los principios internacionales, reconocido en el marco del Programa de Reforma regulatoria de la OCDE²⁸⁰.

También da a los participantes del mercado la información suficiente para tomar decisiones informadas. También favorece la eficiencia económica, ayudando a quitar las distorsiones que podrían afectar a los objetivos de política nacionales.

La transparencia constituye también un principio y norma fundamental del sistema comercial y considerado esencial en la gobernanza del comercio internacional²⁸¹, en el sentido que la adopción e implementación de las normas y disposiciones de manera transparente puede facilitar el comercio internacional y mejorar el AM²⁸². La transparencia como principio fundamental se entiende como el requisito de proporcionar la *información* que permita a otros Miembros determinar si las obligaciones se están cumpliendo efectivamente, y no se refiere propiamente a la cuestión de si un gobierno ha cumplido sus obligaciones de conformidad con los Acuerdos²⁸³. La transparencia sirve

²⁷⁹ Vid. IIDA, K. Y NIELSON, J., "Transparency in domestic regulation: practices and possibilities", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank y Oxford University Press, 2003, pp. 7-26, p. 8.

²⁸⁰ Principio para la calidad regulatoria de la OECD (ver el apartado sobre mejora regulatoria) en el marco del programa de reforma regulatoria (gobernanza regulatoria) impulsado por la OECD. Vid. OECD, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", OECD, Paris, 1997; OECD, "Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance", París, 2005, p. 9. El programa horizontal de reformas regulatorias es más amplio en alcance que el comercio, entonces algunos de los mecanismos y procedimientos de transparencia regulatoria identificados en el marco de la OECD serán más relevantes para el AGCS que otros.

²⁸¹ Vid. WOLFE, R. Y COLLINS-WILLIAMS, T., "Transparency as a trade policy tool: The WTO's cloudy windows", 2009, p. 1, citando a LAMY, P., "Monitoring and Surveillance: The Rising Agenda of the WTO," World Trade Organization" (Speech by the Director-General of the WTO to the Georgetown University Law Centre, Washington DC, 22 October 2007).

²⁸² Vid. IIDA, K. Y NIELSON, J., "Transparency in domestic regulation: practices and possibilities", *Trade in Services: Negotiating Issues and Approaches*, WORKING PARTY OF TRADE COMMITTEE (ed.), Organization for Economic Cooperation and Development, TD/TC/WP(2001)31/FINAL, 15 Feb 2002, Paris, 2002.

²⁸³ Para obtener información detallada sobre los principios fundamentales del sistema multilateral de comercio, véase OMC, Grupo de Trabajo sobre la interacción entre Comercio y Política de la competencia,

así también como una herramienta y fin para elaborar normas de comercio internacional. En este sentido, en la Ronda de Negociaciones de Doha, en la declaración Ministerial párrafo 22 se establece que “la transparencia es un requisito esencial para hacer las reglas y procedimientos de los acuerdos internacionales claros y predecibles”²⁸⁴.

La transparencia, en relación a los Miembros de la OMC, a las medidas nacionales y a la administración de dichas medidas, es considerada recientemente por la doctrina como un valor o principio fundamental de la buena gobernanza, que contribuye a su legitimidad²⁸⁵. Por ende, es importante lograr una adecuada comprensión e interpretación de las disciplinas sobre transparencia contenidas en los distintos Acuerdos de la OMC. El OSD ha considerado también su importancia en recientes disputas, donde se ha dado énfasis a la importancia de la transparencia y el debido proceso²⁸⁶. Otros dicen que las disposiciones de transparencia han sido poco interpretadas por parte de los órganos resolutorios de la OMC por “economía procesal”, prefiriendo la interpretación de otras disposiciones²⁸⁷.

El significado de transparencia en el marco de la OMC dista de ser unitario y preciso, ya que los Acuerdos suelen aplicar este principio desde distintas orientaciones²⁸⁸. A pesar de esta

"Principios fundamentales de la OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE COMERCIO Y POLÍTICA DE COMPETENCIA, *Principios Fundamentales de la OMC de trato nacional, trato de la nación más favorecida y transparencia*, Nota de la Secretaría, Doc. WT/WGTCP/W/114, 1 de abril 1999, p. 16.

²⁸⁴ Declaración Ministerial de Doha, *vid.* OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Declaración Ministerial, Adoptada el 14 de noviembre de 2001*, Cuarto período de sesiones, Doha, 9 - 14 de noviembre de 2001, Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, 20 de noviembre 2001.

²⁸⁵ *Vid.* ALA'I, P., "From the Periphery to the Center? The Evolving WTO Jurisprudence on Transparency and Good Governance", *Journal of International Economic Law*, vol. 11, no. 4, 2008, pp. 779-802, p. 781. Señala que hay un consensuado respecto a valores como transparencia, acceso a la información y participación que deben orientar los sistemas administrativos tanto globales como nacionales. *Vid.* también, CHAYES, A. Y HANDLER CHAYES, A., *The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1998, pp. 135-153, FUKUYAMA, F., *State-Building: governance and World Order in the 21st Century*, Ithaca, Cornell University Press, 2004, p. 1527-1534; ESTY, D. C., "Good Governance at the World Trade Organization: Building a Foundation of Administrative Law", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 3, 2007, pp. 509-527, p. 524-525. Para una perspectiva crítica de la reforma de la gobernanza y la transparencia como uno de sus elementos, *vid.* RODRIK, D., "Thinking about governance", en ACEMOGLU, D., NORTH, D., et al. (eds.), *Governance, Growth, and Development Decision-Making*, Washington, DC, World Bank, 2008, pp. 17-24.

²⁸⁶ ALA'I señala que desde la perspectivas de los actores comerciales más que los Miembros. Sin embargo la relación entre las disciplinas de los diferentes Acuerdos no está clara. Considera que las disposiciones de buena gobernanza de la OMC, relacionadas con la transparencia y el debido proceso, son cada vez más centrales en las disputas de la OMC, la que tiene su origen en el art. X del GATT de 1994. *Vid.* ALA'I, P., "From the Periphery to the Center? The Evolving WTO Jurisprudence on Transparency and Good Governance", *op. cit.*

²⁸⁷ *Vid.* DELIMATIS, P., "Article III GATS: Transparency", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law, WTO-Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 92-107, en p. 95.

²⁸⁸ Un ejemplo de la falta de claridad en el significado de transparencia fue la discusión sostenida en el marco de las fracasadas negociaciones realizadas para alcanzar un acuerdo multilateral sobre transparencia en la contratación pública. Mediante la declaración ministerial de Singapur se acordó establecer el grupo de trabajo a fin de estudiar la transparencia en las prácticas de los acuerdos de gobierno y desarrollar los elementos para su inclusión en un acuerdo apropiado, *vid.* OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Declaración*

discrepancia en el significado, se ha afirmado que existe una clara la vinculación de estas disposiciones con la naturaleza y coercibilidad del régimen regulatorio interno y administrativo de los Miembros²⁸⁹. Los principales componentes del principio de transparencia que están plasmados en los diferentes Acuerdos son²⁹⁰:

- a. La obligación de publicar, o al menos de poner a la disposición del público, todas las leyes, reglamentaciones y decisiones pertinentes; que incluye la norma general de no aplicarlos ni de darles fuerza vinculante en tanto no se haya cumplido con esta obligación. Con frecuencia se vinculan a esa obligación disposiciones relativas a la aplicación imparcial de las reglamentaciones y al derecho de reexaminar las decisiones adoptadas en virtud de éstos;
- b. La obligación relacionada con la notificación de las diversas formas de medidas o actos adoptadas por los Estados o las modificaciones de tales actos, esta notificación se entiende que debe hacerse a la OMC y otros Miembros;
- c. Otras obligaciones relacionadas son las de garantizar que la administración de medidas que tengan repercusión comercial (leyes, normas y reglamentos) se realice de manera uniforme, imparcial y razonable, y el derecho de reexamen o revisión de las medidas adoptadas de conformidad a éstas. Cabe señalar que estas disposiciones de reexamen y revisión de las medidas con frecuencia se vinculan a la obligación de publicar, sin embargo consideramos que esta obligación está más estrechamente relacionada con el principio de "equidad

Ministerial de Singapur, Adoptada el 13 de diciembre de 1996, Doc. WT/MIN(96)/DEC, 18 de diciembre 1996, p. 8, párr. 21. No se llegó a un acuerdo sobre los términos de negociación (estas actividades se hallan actualmente suspendidas en virtud de una decisión del Consejo General de la OMC adoptada el 1° de agosto de 2004). Esta falta de claridad sobre el significado de transparencia se convirtió en un obstáculo para alcanzar un acuerdo multilateral sobre transparencia en la contratación pública. *Vid.* ARROWSMITH, S., "Transparency in Government Procurement: The Objectives of Regulation and the Boundaries of the WTO", *Journal of World Trade*, vol. 37, no. 283, 2003, pp. 283-303; . OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA TRANSPARENCIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Informe sobre la reunión celebrada los días 10 y 11 de octubre de 2002*, Nota de la Secretaría, Doc. WT/WGTGP/M/15, 9 de enero 2003, párr. 21. *Vid.* también PENG, S.-Y., "Multilateral Disciplines on Services Procurement: Architectural Challenges Under GATS", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 7, no. 6, 2006, pp. 975-996; EVENETT, S. J. Y HOEKMAN, B., "Government Procurement: Market Access, Transparency, and Multilateral Trade Rules", *Discussion Paper Series, 4109*, Centre for Economic Policy Research, November, 2003.

²⁸⁹ *Vid.* OSTRY, S., "China and the WTO: The Transparency Issue", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 3, no. 1, 1998, pp. 2-3, p. 2.

²⁹⁰ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE COMERCIO E INVERSIONES, *Transparencia*, Nota de la Secretaría, Doc. WT/WGTI/W/109, 27 de marzo 2002; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE COMERCIO Y POLÍTICA DE COMPETENCIA, *Principios Fundamentales de la OMC de trato nacional, trato de la nación más favorecida y transparencia*, Doc. WT/WGTCP/W/114, 1999, *cit.* Disposiciones que están contenidas en el art. X del GATT, así mismo existen otras disposiciones semejantes en otros Acuerdos de la OMC: el AGCS (en particular el artículo VI), el Acuerdo sobre los ADPIC (especialmente los artículos 41-42 y 62) y en los Acuerdos sobre subvenciones y medidas compensatorias, las medidas antidumping, la valoración en aduana, los procedimientos sobre licencias de importación y la inspección previa a la expedición.

procesal”²⁹¹, por lo que en lo referido a los servicios se revisará más detenidamente al analizar el art. VI. En cuanto a esta exigencia que la *aplicación* de las normas sea razonable e imparcial, se ha considerado que el uso del término "transparencia" por la OMC suele ser más restringido de lo que es a veces en el discurso político público, en el que "transparencia" ha acabado siendo sinónimo de la "apertura" y "equidad" de un régimen²⁹². De igual forma las normas sobre la debida administración de las medidas relacionadas al CIS se estudiarán en detalle al analizar el art. VI.

Según KRAJEWSKI, en el marco del AGCS, la transparencia tiene dos propósitos: el primero es constituirse en una herramienta para evitar obstáculos innecesarios al comercio, dejando saber previamente a los participantes qué requisitos se aplican al mercado y creando así un entorno comercial predecible para ellos. El segundo, es configurarse como un principio legal importante en las sociedades democráticas que permite la toma de decisiones transparentes, contribuyendo así a la legitimidad²⁹³.

²⁹¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE COMERCIO Y POLITICA DE COMPETENCIA, *Principios fundamentales en un contexto de comercio y competencia*, Nota de la Secretaría (versión final de un documento recibido de la Secretaría de la OCDE), Doc. WT/WGTCP/W/221, 6 de febrero 2003, p. 2. Sobre equidad procesal señalan que aunque el principio de “equidad procesal” podría entenderse que pertenece más al ámbito de la política de competencia que al de política comercial, varias disposiciones de los Acuerdos de la OMC están estrechamente relacionadas con este principio. Estas disposiciones conciernen: i) la prescripción de que los procedimientos administrativos y judiciales sean justos y equitativos; y ii) el derecho de reexaminar. Las disposiciones clave relativas a la equidad procesal que figuran en los Acuerdos de la OMC son: GATT: artículo X que contiene disposiciones sobre la administración uniforme, imparcial y razonable de las medidas comerciales y el derecho a revisar las medidas adoptadas de conformidad con éstas. AGCS: en particular el artículo VI. En virtud del párrafo 1 del artículo VI del AGCS, los Miembros mantendrán o instituirán tribunales o procedimientos judiciales que permitan la revisión de las decisiones administrativas que afecten al comercio de servicios. ADPIC: en particular el párrafo 2 del artículo 41 y el artículo 62.

También figuran disposiciones que contienen elementos sobre la equidad procesal en diversos Acuerdos que figuran en el Anexo I.A, por ejemplo, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo sobre Valoración en Aduana, el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación y el Acuerdo sobre la Inspección Previa a la Expedición. El propio Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) también está impregnado de preocupaciones relacionadas con la equidad procesal, y en la jurisprudencia de la OMC se ha prestado mucha atención a tales preocupaciones en las decisiones administrativas y judiciales.

El principio de la equidad procesal es importante para la observancia de la legislación sobre competencia, en la cual intervienen muchos participantes con distintos intereses. Se trata de las empresas o de los empresarios que son acusados en los procedimientos de aplicación del organismo encargado de la competencia. Este grupo requiere la notificación adecuada de los cargos en su contra, de procedimientos justos e imparciales del organismo encargado de la competencia, y del derecho de apelación. También existen las víctimas o demandantes privados que pueden haber sido perjudicados por una conducta anticompetitiva. Esta categoría puede estar abarcada por empresas y consumidores individuales. Estos deben tener la facultad de presentar una reclamación ante el organismo encargado de la competencia y de exigir reparaciones adecuadas, ya sea ante dicho organismo o los tribunales. Por último, existe un grupo diverso de demandantes, testigos en los procedimientos de los organismos pertinentes y público en general, que también tienen ciertas prescripciones en materia de equidad procesal.

²⁹² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE COMERCIO E INVERSIONES, *Transparencia*, Doc. WT/WGTI/W/109, 2002, *cit.*, p. 3.

²⁹³ Vid. KRAJEWSKI, M., "Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law", *Journal of World Trade*, vol. 35 no. 1, 2001, pp. 167-186, en pp. 169-170.

El estudio del art. III está enmarcado en el primero propósito de la transparencia arriba señalado, lo que está relacionado con la importancia que tiene la transparencia en el CIS, ya que muchas regulaciones domésticas pueden constituir fácilmente restricciones regulatorias no arancelarias al comercio de servicios.. En este sentido, la transparencia otorga a los proveedores de servicios extranjeros mayor conocimiento y previsibilidad del contenido regulatorio.

Con la incorporación de disciplinas orientadas a limitar los obstáculos comerciales, que van más allá de los arancelarios, se ha fortalecido el principio de transparencia, incorporándose disposiciones más complejas. Este es el caso de las disposiciones del AGCS que determinan que los Miembros realicen prácticas de transparencia en el ejercicio de su capacidad reguladora en el comercio de servicios. Como señala VAN DEN BOSSCHE, un AM efectivo es imposible sin la transparencia de las leyes y regulaciones que afectan a dichos servicios²⁹⁴. La transparencia tiene también especial relevancia para los proveedores de servicios más pequeños, ya que ellos tienen limitaciones económicas y técnicas para conocer las regulaciones del mercado²⁹⁵.

El concepto de transparencia está plasmado de forma introductoria, ya en el Preámbulo del AGCS apunta que la transparencia es una de las condiciones necesarias para la extensión del CIS bajo el marco del Acuerdo²⁹⁶. Son además varias las disposiciones que contienen prescripciones sobre transparencia, dentro de ellos el art. III, V, VI, VII, VIII, y IX. Además se han desarrollado disciplinas sobre transparencia más detalladas en sectores específicos, como las señaladas en el Documento de Referencia de Telecomunicaciones Básicas y en las Disciplinas sobre Regulación Doméstica del Sector de la Contabilidad.

Dentro de éstas, las disciplinas del art. III, que son de carácter procesal, tienen un rol central el que pasamos a analizar²⁹⁷.

La primera obligación señalada en el art. III:1 y III:2 del AGCS incluye el requerimiento a los Miembros de publicar todas las medidas de aplicación general que se refieren o afectan al AGCS²⁹⁸. Cuando no sea posible tal publicación, deberá ponerse a disposición pública la información de dichas medidas, por cualquier otro medio. La publicación debe hacerse con

²⁹⁴ Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, op. cit., p. 493–494.

²⁹⁵ Vid. MATTOO, A. Y CARZANIGA, A., (eds.), *Moving People to Deliver Services*, vol. 1, *Trade and Development*. Washington, World Bank, Oxford University Press, 2003; SELF, R. J. Y ZUTSCHI, B. K., "Mode 4: Negotiating Challenges and Opportunities", op. cit.; MATTOO, A. Y CARZANIGA, A., (eds.), *Moving People to Deliver Services*, op. cit., p. 27, 52.

²⁹⁶ Vid. el Preámbulo del AGCS, "Deseando establecer un marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios con miras a la expansión de dicho comercio en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva y como medio de promover el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales y el desarrollo de los países en desarrollo".

²⁹⁷ Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, op. cit., p. 493–494.

²⁹⁸ Vid. art. III:1 del AGCS.

prontitud y a más tardar al tiempo en que la medida entre en vigor²⁹⁹. Se excluye la “información confidencial”, cuya divulgación pueda constituir un obstáculo para el cumplimiento de las leyes o ser de otra manera contraria al interés público, o pueda lesionar los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas³⁰⁰. También se aplica a los Acuerdos Internacionales pertinentes, que afecten al CIS, y del que es signatario un Miembro. Esta obligación se aplica a todos los sectores de servicios, es incondicional ya que se aplica tanto a los sectores donde se han realizado compromisos específicos como a los que no.

La obligación de publicación tiene un extenso ámbito de aplicación en tanto contempla el concepto amplio de “medidas de aplicación general”, definido en el art. XVIII a), y la relevancia de la medida se ha de determinar caso por caso, e incluye no solo a las medidas que afectan al Acuerdo, sino también a las que se refiera a él, e incluye medidas de sectores distintos al de servicios, pero que afecten a los servicios³⁰¹. La disciplina del art. III:1 es más inclusivo y flexible que su similar del art. X del GATT, en tanto que no se limita a una lista detallada de medidas. Cabe señalar que si se sigue la interpretación del art. X del GATT³⁰², la prescripción de publicación del art. III del AGCS no parece extenderse a las medidas que se dirigen a un solo operador, individuos, entidades o situación específica y que no tengan impacto en la administración general del derecho³⁰³. No obstante, el Grupo Especial en el asunto *Japón – Películas fotográficas* señaló que “en la medida en que el requisito del párrafo 1 del art. X del GATT sea aplicable a todas las disposiciones administrativas de aplicación general, su alcance se extiende también a las disposiciones administrativas adoptadas en supuestos concretos cuando en esas disposiciones se establezcan o revisen principios susceptibles de aplicación en otros casos futuros”³⁰⁴.

²⁹⁹ De conformidad con el art. III:1 del AGCS: “Cada Miembro publicará con prontitud y, salvo en situaciones de emergencia, a más tardar en la fecha de su entrada en vigor, todas las medidas pertinentes de aplicación general que se refieran al presente Acuerdo o afecten a su funcionamiento. Se publicarán asimismo los acuerdos internacionales que se refieran o afecten al comercio de servicios y de los que sea signatario un Miembro.”; AGCS art. III 2: “Cuando no sea factible la publicación de la información a que se refiere el párrafo 1, ésta se pondrá a disposición del público de otra manera.”

³⁰⁰ *Vid.* art. III bis del AGCS.

³⁰¹ MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, *op. cit.*, p. 306.

³⁰² El Art. III del AGCS no ha sido objeto de interpretación por parte de los órganos resolutorios de la OMC, por lo que la principal fuente de interpretación es la jurisprudencia de otros Acuerdos sobre transparencia, en particular del art. X del GATT. Para un estudio de la jurisprudencia del art. X *vid.* ALA'I, P., “From the Periphery to the Center? The Evolving WTO Jurisprudence on Transparency and Good Governance”, *op. cit.*

³⁰³ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales*, (Estados Unidos – Ropa Interior), Doc. WT/DS24/R, 8 de noviembre de 1996, párr. 7.65. En tanto que la medida debe ser de alcance general.

³⁰⁴ Grupo Especial en el asunto *Japón – Películas fotográficas*, que trataba sobre una alegación de violación del artículo X del GATT en relación con un supuesto incumplimiento de publicación de determinadas medidas adoptadas por Japan Fair Trade Commission y por los Consejos locales sobre la equidad de la competencia. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Japón — Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*, (Japón — Películas), Doc. WT/DS44/R, 31 de marzo de 1998, párr. 10.388. *Vid.* también Informe del Grupo Especial, *Argentina — Medidas que afectan a la exportación de*

Esta disposición sobre la publicación de las medidas es una reminiscencia del art. X del GATT³⁰⁵; el art. X del GATT no se ha interpretado en el sentido de que prescriba la publicación previa de los reglamentos de comercio, lo cual es verdad también, de conformidad con la OMC, para casi la totalidad de las esferas cubiertas por ésta. Por otro lado se puede decir que las disciplinas del GATT son más específicas que las del AGCS, requiriendo que las medidas sean publicadas con prontitud, a fin de permitir a las partes relevantes las conozcan³⁰⁶.

El AGCS no especifica el tiempo límite de publicación, esto puede llevar a abusar de esta total discrecionalidad de los Miembros, quienes podrían indebidamente retrasar las publicaciones y minar el propósito de esta disposición.

Otra cuestión planteada debido a esta omisión es si la “prontitud” en la publicación debe ser juzgado en una base igual para todos los Miembros, o si debe ser considerada la situación específica de lo PED y PMA y sus capacidades administrativas. También relacionada con los PED es la necesidad de determinar cuándo se considera que no es “factible” la publicación y por ende la posibilidad de poner a disposición la información sobre la medida, de una manera distinta. Tampoco se han dispuesto los requisitos u otros medios en los que la información puede ponerse a disposición del público. Definir estos criterios sería importante para hacer más efectiva la flexibilidad necesaria para los PED. Según ORTINO esta disposición permite a los Miembros con recursos financieros insuficientes para publicar toda la medida relevante, la flexibilidad de no incurrir en los costos de publicación³⁰⁷.

El art. III:3 requiere a los Miembros de informar con prontitud al Consejo del Comercio de Servicios sobre nuevas leyes, reglamentaciones o guías administrativas que *afecten*

pieles de bovino y a la importación de cueros acabados, (Argentina — Piel y cueros), Doc. WT/DS155/R, WT/DS155/R Corr.1, 16 de febrero de 2001, párr. 10.384–10.388, donde se sigue el razonamiento explicado en la disputa *Japón – Películas*; vid. también HENDE, L. V. D., "GATS Article XVI and national regulatory sovereignty: what lessons to draw from US - Gambling?", *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 20, 2007, pp. 93-110, párr. 7. 268.

³⁰⁵ El párrafo 1 del artículo X prescribe que cada gobierno ha de publicar rápidamente sus reglamentos sobre comercio "a fin de que los gobiernos y los comerciantes tengan conocimiento de ellos". El párrafo 2 del artículo X añade que los reglamentos de comercio no podrán ser aplicados antes de su publicación oficial y prescribe la publicación de los acuerdos alcanzados con otros gobiernos. Aunque todos los Grupos Especiales han resuelto en favor de la noción de que un reglamento de comercio no puede aplicarse antes de su publicación, la interpretación que se ha dado al artículo X no prescribe la publicación de los reglamentos de comercio antes de su entrada en vigor ni que la información se ponga a disposición de los proveedores nacionales y extranjeros al mismo tiempo. Esta cuestión de la notificación, tal como se examinará más abajo, constituye el contenido de otras obligaciones en el marco de la OMC. También el Acuerdo ADPIC: art. 63, párr. 1 y 3. Muchos de los otros acuerdos contenidos en el Anexo IA del Acuerdo sobre la OMC concernientes al comercio de mercancías contienen también una obligación en materia de publicación.

³⁰⁶ El SPS también menciona de manera específica a un “intervalo relevante” entre la publicación de las medidas y la entrada en vigor, dando consideración a los países en desarrollo en adaptar sus productos a los requisitos de los Miembros importadores.

³⁰⁷ Vid. ORTINO, F., "Regional Trade Agreement and Trade Services", en LESTER, S. Y MERCURINO, B. (eds.), *Bilateral and Regional Trade Agreements Commentary, Analysis and Case Studies*, Cambridge, CPU, 2007, p. 6.

significativamente al CIS, o la modificación de éstas, respecto de los compromisos específicos que se hayan contraído³⁰⁸. Los Miembros deben hacer esto por lo menos una vez al año y no están obligados a dar información que tenga carácter confidencial. El Órgano de Examen de las Políticas Comerciales es el depositario de todas las notificaciones que los países están obligados a hacer de conformidad con el AGCS y los diversos Acuerdos de la OMC³⁰⁹.

Esta obligación es condicional en tanto se refiere solamente a medidas cubiertas por compromisos específicos en servicios. Pero se aplica también a medidas sobre las que no se pueden realizar compromisos conforme al AGCS, como por ejemplo las cubiertas por el GATT, si éstas afectan al CIS cubierto por los compromisos específicos³¹⁰. Está también ambigua en algunos elementos de su contenido, como el significado de “prontitud” y “afecten significativamente”, esta ambigüedad parece estar relacionada con el limitado número de notificaciones de conformidad con el art. III:3, en particular por los PED³¹¹.

A diferencia del art. III:1 sobre la publicación, la obligación de notificación al Consejo está limitada a algunas categorías de medidas, taxativamente señaladas en la disposición, además que se refiere a notificar el “establecimiento de nuevas...” o “la introducción de modificaciones en los ya existentes”, por lo que las medidas ya existentes al momento de creación del AGCS que no hayan sido modificadas no tendrían que ser notificadas, lo que no ayuda a la transparencia de las regulaciones nacionales sobre servicios.³¹² Se ha comentado que el hecho que sea una obligación que se limite a las medidas cubiertas por los compromisos implica menos cargas administrativas, siendo beneficioso para los Miembros con menos recursos³¹³.

Además de la obligación general de notificación del AGCS existen otras disposiciones que estipulan notificaciones para casos específicos. La obligación de consulta previa de la medida, como un procedimiento interno, solamente se encuentra en las Disciplinas del Sector de

³⁰⁸ El párrafo 3 del artículo III del AGCS establece que cada Miembro "informará con prontitud, y por lo menos anualmente, al Consejo del Comercio de Servicios del establecimiento de nuevas leyes, reglamentos o directrices administrativas que afecten significativamente al comercio de servicios abarcado por sus compromisos específicos en virtud del presente Acuerdo, o de la introducción de modificaciones en los ya existentes".

³⁰⁹ El importante documento de intercambio de información, vigilancia y transparencia de las políticas en el sistema de la OMC se expresa con especial claridad en los objetivos del Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (MEPC). Si bien el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (MEPC) promueve una mayor transparencia de las políticas comerciales nacionales, no tiene por finalidad servir de base para asegurar el cumplimiento de obligaciones específicas contraídas en virtud de los Acuerdos, para establecer procedimientos de solución de diferencias ni para imponer nuevos compromisos políticos a los Miembros. Incisos i) a iii) del párrafo A del Mecanismo.

³¹⁰ *Vid.* MUNIN, N., "The GATS: a legal perspective on crossroads of conflicting interests", *op. cit.*, p. 313.

³¹¹ *Vid.* IIDA, K. Y NIELSON, J., "Transparency in domestic regulation: practices and possibilities", *op. cit.* p. 21.

³¹² *Vid.* DELIMATIS, P., "Article III GATS: Transparency", *op. cit.*, p. 99–100.

³¹³ *Ibid.*

Contabilidad. Sin embargo esta obligación toma la forma de “mejor esfuerzo” (“...los Miembros procurarán dar oportunidades ...”³¹⁴) y estas disciplinas aún no están en fuerza (al final de las negociaciones del ACS, se espera que entren en fuerza)³¹⁵ Las Disciplinas de Contabilidad también requieren los Miembros de informar, a solicitud de cualquier otro Miembro, sobre el fundamento y racionalidad detrás de la medida en el sector de la contabilidad, en relación a los objetivos legítimos referidos en el párrafo 2 de las disciplinas³¹⁶.

El art. III:4³¹⁷ contiene el deber de los Miembros de responder a las solicitudes de información y establecer servicios de información para cumplir con una pronta respuesta frente a cualquier petición de información solicitado por los gobiernos de los Miembros. Esta es una obligación específica de acceso a la información a fin de hacer más fácil el acceso a dicha información³¹⁸. Esta disposición conlleva el derecho de información de los Miembros, respecto a las medidas de aplicación general o acuerdos internacionales relacionados con el CIS que formulen los otros Miembros de la OMC. Para ello se requiere el establecimiento de servicios de información, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor del Acuerdo (1997)³¹⁹. El plazo para

³¹⁴ “Cuando adopten medidas que afecten significativamente al comercio de servicios de contabilidad, los Miembros procurarán dar oportunidades de formular observaciones y prestarán consideración a éstas antes de la adopción de las medidas.” *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/64, 17 de diciembre 1998, párr. 6.

³¹⁵ No obstante, el "Entendimiento relativo a las Notificaciones, las Consultas, la Solución de Diferencias y la Vigilancia", adoptado al concluir la Ronda de Tokio, hacía hincapié en la conveniencia de la "notificación previa" como un principio generalizado en materia de transparencia e introducía una versión rudimentaria de vigilancia de la política comercial, *vid.* OMC, INSTRUMENTOS BÁSICOS Y DOCUMENTOS DIVERSOS, *Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia*, Adoptado el 28 de noviembre de 1979, Doc. L/4907, 1 de marzo 1980.

³¹⁶ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/64, 1998, *cit.*, párr. 5. Estos procedimientos se dan también en el TBT, SPS y son solamente requeridos para medidas que afecten significativamente el comercio. OECD, WORKING PARTY OF THE TRADE COMMITTEE, *Transparency in Domestic Regulation: Practices and Possibilities*, Doc. TD/TC/WP/(2001)31/FINAL, 15 February 2002, p. 9.

³¹⁷ En art. III 4 dispone: "Cada Miembro responderá con prontitud a todas las peticiones de información específica formuladas por los demás Miembros acerca de cualesquiera de sus medidas de aplicación general o acuerdos internacionales a que se refiere el párrafo 1. Cada Miembro establecerá asimismo uno o más servicios encargados de facilitar información específica a los otros Miembros que lo soliciten sobre todas esas cuestiones, así como sobre las que estén sujetas a la obligación de notificación prevista en el párrafo 3. Tales servicios de información se establecerán en un plazo de dos años a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo por el que se establece la OMC (denominado en el presente Acuerdo el "Acuerdo sobre la OMC"). Para los distintos países en desarrollo Miembros podrá convenirse la flexibilidad apropiada con respecto al plazo en el que hayan de establecerse esos servicios de información. No es necesario que los propios servicios conserven textos de las leyes y reglamentos".

³¹⁸ *Vid.* el párrafo 3 del artículo 63 del Acuerdo sobre los ADPIC.

³¹⁹ *Vid.* art. III:4 del AGCS.

el establecimiento de estos servicios de información tiene una flexibilidad especial en el caso de los PED³²⁰.

Finalmente, el art. III:5 incluye el derecho de cualquier Miembro de notificar al Consejo de Comercio de Servicios (CCS) sobre cualquier medida adoptada por otro Miembro que, a su juicio, afecte al funcionamiento del AGCS³²¹. No es un requisito que la medida afecte al Miembro que la notifique y la notificación se puede referir a cualquier medida y no solamente a aquellas relacionadas con los sectores con compromisos específicos. En este sentido, esta obligación es más amplia que el art. III:3. Mediante esta disposición, los Miembros pueden contribuir directamente a la transparencia del Acuerdo y tienen total discrecionalidad para realizar esta notificación, el resultado será solamente hacer de conocimiento del CCS y de los demás Miembros de esta práctica regulatoria, sin otra consecuencia jurídica derivada de esta disposición.

Se puede apreciar del texto de los artículos que las disciplinas sobre transparencia del art. III no son de tan gran envergadura como las provisiones análogas del acuerdo de MSF y de OTC. En tanto que en el AGCS no se establecen prescripciones sobre notificaciones ad hoc y observaciones previas³²².

El *Artículo III bis* constituye la excepción a la obligación de transparencia, tanto al art. III como al art. VI, pero también se extiende su ámbito de aplicación a cualquier aspecto del AGCS incluidos sus anexos, y a cualquier tipo de información de carácter confidencial. Estipula que “Ninguna disposición del presente Acuerdo impondrá a ningún Miembro la obligación de facilitar información confidencial cuya divulgación pueda constituir un obstáculo para el cumplimiento de las leyes o ser de otra manera contraria al interés público, o pueda lesionar los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas”. De esta manera busca encontrar un balance entre los criterios de transparencia y otros intereses legítimos³²³, que son: “el cumplimiento de las leyes, el interés público y los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas”. La excepción de facilitar información que pueda ser contraria al interés público es de especial relevancia para los PED, sin embargo no está claro el alcance que tendría. Por ejemplo, se podría configurar esta excepción, si para facilitar la información confidencial se usaran recursos

³²⁰ Respecto a los PED para su beneficio los Miembros desarrollados tienen una especial obligación para establecer adicionalmente “puntos de contacto” para facilitar el acceso de proveedores de servicios de PED Miembros a la información de especial interés para ellos (art. IV:2 del AGCS). Dicha información incluye información en retiro, reconocimiento y obtención de titulaciones profesionales y la disponibilidad de servicios tecnológicos. Como explicaremos en detalle al hablar sobre los aspectos específicos del AGCS en relación a los PED en el Apartado C de este capítulo.

³²¹ *Vid.* art. III:5. "Todo Miembro podrá notificar al Consejo del Comercio de Servicios cualquier medida adoptada por otro Miembro que, a su juicio, afecte al funcionamiento del presente Acuerdo".

³²² Por ejemplo en el Acuerdo MSF y OTC se requieren notificaciones cuando los Miembros asumen ciertas acciones o las proponen.

³²³ *Vid.* MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, *op. cit.*, op. p. 315.

que son necesarios para otros propósitos de mayor urgencia o prioridad nacional, y por ende irían contra el interés público, pero no está claro si esta excepción sería aceptable y cómo se definiría el perjuicio al interés público. Además también es poco claro el significado y alcance de “información confidencial³²⁴” e “intereses comerciales legítimos”.

Cabe mencionar que en el AGCS otras disposiciones generales relacionadas con la transparencia de las regulaciones están contenidas en el Art. VI, como las relacionadas con la aplicación transparente de las regulaciones y el derecho de recurso y examen, que explicaremos con mayor detalle en el capítulo siguiente.

En resumen, las obligaciones del art. III están esencialmente vinculadas con el principio de “*right to know*”, e incluyen las prescripciones formales de publicación de leyes y regulaciones que afectan al comercio de servicios, establecimientos de punto de información sobre las regulaciones domésticas u otras obligaciones de notificación³²⁵. La amplitud de estas obligaciones como otras sobre transparencia (como algunas de las obligaciones del art. VI), no ha impedido que el AGCS haya sido criticado de ser “poco transparente”³²⁶, si bien es cierto que esta crítica no está vinculada a las obligaciones sobre transparencia que contiene sino sobre todo al enfoque de realización de compromisos, que es esencialmente de “listas positivas”. Este diseño de los compromisos implica que en los listados no se incluya información respecto los sectores de servicios que no están cubiertos por ellos, además la particular estructura del acuerdo parece haber afectado al bajo número de notificaciones realizadas por parte de los Miembros³²⁷.

Además, el relativo alcance limitado de los compromisos realizados por los Miembros, en particular de los PED, puede llevar a una menor transparencia si se toma en cuenta que la obligación de notificación del art. II se aplica solamente a los sectores donde se han realizado compromisos. Pero por otro lado esto implica también una menor carga administrativa y de uso de recursos para los PED. Asimismo, los criterios utilizados para implementar las obligaciones sobre

³²⁴ El término ha sido interpretado en el marco del art. 3.2. del Acuerdo sobre Salvaguardias, en el sentido que las autoridades de investigación tienen cierta discrecionalidad en determinar si la información debe ser considerada como confidencial. *Vid.* The Legality of the EC Mutual Recognition Clause Under WTO Law", *Journal of International Economic Law*, vol. 8, no. 3, pp. 691-720, párr. 8.20. “*In the absence of a detailed elaboration or definition of the types of information that must be treated as confidential, we consider that the investigating authorities enjoy a certain amount of discretion in determining whether or not information is to be treated as ‘confidential’.*”

³²⁵ También llamadas obligaciones de primera generación, tienen sus raíces en el derecho administrativo Anglo-Americano. *Vid.* ARCHON, F., GRAHAM, M. Y WEIL, D., *Full Disclosure : The Perils and Promise of Transparency*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2007, p. 25; WOLFE, R. Y COLLINS-WILLIAMS, T., "Transparency as a trade policy tool: The WTO's cloudy windows", *op. cit.*, p. 4.

³²⁶ *Vid.* STEPHENSON, S. M., "Services Liberalization by Developing Countries: Is More Progress Possible Regionally Than Under the GATS?", *PSIO Occasional Paper, WTO Series, no 08*, Graduate Institute of International Studies (HEI), WTO Series Number 08, Geneve, 2002, p. 9.

³²⁷ ADLUNG se refiere en este sentido al “*poor notification record*”, *Vid.* ADLUNG, R., "Service Liberalization from a WTO/GATS perspective: in seach of voluneters", *Staff working Paper*, Economic Research and Statistics Division of the WTO, ERS-2009-05, Geneva, 2009.

transparencia y las excepciones son algunas veces poco específicas y de contenido dudoso, lo que afecta en particular al cumplimiento por parte de los PED³²⁸.

g. *Reglamentación nacional*

El análisis del contenido jurídico del Art. VI, tomando en cuenta la perspectiva de los PED, es uno de los ejes de esta investigación, en particular, la esencia de esta disposición está en la necesidad de disciplinar aspectos de las regulaciones nacionales vinculadas al comercio de servicios que generan efectos restrictivos al CIS de manera innecesaria. El objetivo es limitar las barreras al comercio de servicios creadas por los requisitos y prescripciones regulatorias innecesarios y excesivamente gravosos³²⁹.

En términos generales, el conjunto de las disposiciones del art. VI debería ser entendido como disposiciones multilaterales obligatorias sobre “buena gobernanza” para las regulaciones nacionales en el sector de los servicios³³⁰. De manera más específica, el art. VI contiene en cuatro de sus párrafos (VI:1–3 y VI:6) disciplinas de naturaleza procesal³³¹, son obligaciones relacionadas con la aplicación, administración y revisión de las regulaciones o medidas nacionales. Dos párrafos (VI:4 y VI:5) son esencialmente de naturaleza sustantiva, en tanto que el art. VI:4 contiene un mandato de negociación para establecer disciplinas de reglamentación nacional a fin de evitar que las regulaciones puedan constituir barreras innecesarias³³² y que el art. VI:5 establece una aplicación provisional de ciertos aspectos del art. VI:4.

El contenido confuso de su articulado incrementa la difícil comprensión del art. VI. Como comentan varios autores, esta disposición es “una de las más difíciles de entender en su totalidad”,

³²⁸ Como veremos más adelante, la discrepancia entre el art. XVI y XVII y en cierta extensión entre esta disposición y el art. VI:4 añade confusión sobre los criterios de transparencia.

³²⁹ *Vid.* FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 836.

³³⁰ *Ibid.*, p. 836. Esta perspectiva y enfoque de “buena gobernanza regulatoria” es la que se usa en esta investigación, especialmente al estudiar los principios y disciplinas que son relevantes para la regulación nacional o reglamentación nacional (II Principios de integración negativa extensiva: formales y sustantivos de buena gobernanza). También al estudiar en detalle el proceso de negociación del artículo VI:4 sobre reglamentaciones nacionales.

³³¹ *Vid.* DELIMATSI, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 1, 2007, pp. 13-50, p. 18; WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "Domestic Regulation within the Framework of GATS", Institute for International Law, K.U. Leuven, Working Paper Nro 93, May 2006, Leuven, 2006, p. 14; KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 165-196, p. . *Vid.* también Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar, Doc. WT/DS285/R, cit.*, párr. 6.432.

³³² Como se verá en detalle este art. VI es la expresiones del principio de “regulación menos restrictiva la comercio (*least trade –distorting regulation*) cuyo contenido material dependerá del contenido que se dé en las disciplinas a la denominada “prueba de necesidad” o “*necessity test*”.

en parte debido a la amplitud y falta de una definición clara del término “*domestic regulations*” o “reglamentación nacional”³³³. En este sentido, existe según nuestro entender una confusión en el uso de la terminología “reglamentación nacional” en el Acuerdo. Aunque explicaremos con detalle más adelante los elementos que constituyen complejidad del art. VI, cabe señalar ahora algunos elementos claves para seguir mejor su estudio en general y en particular en esta investigación.

En el contexto del AGCS, “reglamentación nacional” es usado generalmente respecto al art. VI. Sin embargo, son varias las disposiciones que tienen incidencia en las llamadas regulaciones domésticas o reglamentaciones nacionales o también llamadas regulaciones nacionales³³⁴. Lo que nos lleva a señalar la confusión que existe en el uso de la terminología “reglamentación nacional”, en la versión en español del AGCS, hace referencia a todo lo que se identifica como “*domestic regulation*” en la versión en inglés del AGCS.

Sin duda este uso es causa de desconcierto por la diferencia real y conceptual que existe entre ellas, y en todo caso “reglamentación nacional” tiene en español un sentido más restrictivo que el de “regulación doméstica”. Pareciera que en castellano, y en particular en el art. VI, “reglamentación nacional” debería haber sido traducido más bien como “regulación económica” o “regulación de mercado”³³⁵.

Este argumento debe ser reafirmado con el hecho que en el AGCS se usa más comúnmente, y se podría decir de manera más acertada, el término “medida” cuando podría hacerse referencia a “reglamentación” como lo hace el art. VI. Incluso en el contexto del art. VI, el párrafo 1 y 4 se refieren a “medidas”, que es definida de manera más amplia con el AGCS en el art. XXVIII³³⁶, y solamente el art. VI:3 hace mención al término “reglamentos”³³⁷. Por otra parte, en sentido amplio todas las regulaciones o reglamentaciones que a nivel nacional que afecten al comercio de servicios son consideradas “reglamentación nacional”³³⁸. En tanto que en el contexto del art. VI la mayoría

³³³ Vid. FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 836.

³³⁴ KRAJEWSKI usa la terminología regulaciones nacionales para el contexto más amplio para estudiar las disposiciones relevantes del AGCS. Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 127.

³³⁵ En este sentido es que esta investigación ha dado importancia para identificar el sentido de “regulación” o regulación económica en el contexto del AGCS en el capítulo III.

³³⁶ Como cualquier medida adoptada por un Miembro, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma. Vid. art. XXVIII del AGCS.

³³⁷ Vid. Art. VI:3, “...con arreglo a las leyes y reglamentos nacionales, informarán al solicitante de la decisión relativa a su solicitud.”

³³⁸ Si bien no hay una definición del término “*domestic regulation*” o “reglamentación nacional”, éste se debe comprender en el sentido que incluye todas las leyes nacionales, reglamentaciones, requisitos, prescripciones, procedimientos etc. que afecten al comercio de servicios. Vid. MAVROIDIS, P. C., BERMANN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis*, AMERICAN CASEBOOK SERIES, St. Paul, MN, West, 2010, p. 788.

de los Miembros está de acuerdo en que solamente ciertas medidas están cubiertas por el mandato del párrafo VI:4, para desarrollar las necesarias disciplinas en reglamentación nacional.

Esta disposición, si bien se encuentra en la Parte II del AGCS referida a las obligaciones generales, la mayoría de los elementos que configuran estas disposiciones se refieren a obligaciones de carácter condicional, y solo aplicable a los Miembros que han realizado compromisos específicos y en los sectores y subsectores cubiertos por estos compromisos. Solamente el párrafo VI:2 relacionado con el debido proceso³³⁹ es el que se aplica de manera incondicional a todos los servicios cubiertos por el AGCS, sea que se hayan realizado o no compromisos mediante de los listados de los Miembros³⁴⁰. En tanto que si bien en el párrafo VI:4 se incorpora el mandato para desarrollar las necesarias disciplinas en reglamentación nacional, éste no establece que las futuras disciplinas se deban aplicar solamente a compromisos específicos. Sin embargo, en el marco de las negociaciones del art. VI la mayoría de los Miembros se han mostrado a favor de este enfoque con la posible excepción de las disposiciones sobre transparencia³⁴¹.

h. Otras obligaciones y disciplinas generales

Otras obligaciones generales en la parte II del Acuerdo incluyen: las disciplinas sobre reconocimiento mutuo, sobre regulaciones monopolísticas, disciplinas sobre prácticas comerciales restrictivas, restricciones en pagos y transferencias internacionales y en la balanza de pagos³⁴². Otras disciplinas se refieren a las medidas de salvaguardia urgentes, sobre contratación pública de servicios y sobre subvenciones³⁴³ en las cuales no se alcanzó un acuerdo sustantivo al concluirse el

³³⁹ El art. VI:2 a) establece: "Cada Miembro mantendrá o establecerá tan pronto como sea factible tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos que permitan, a petición de un proveedor de servicios afectado, la pronta revisión de las decisiones administrativas que afecten al comercio de servicios y, cuando esté justificado, la aplicación de remedios apropiados. Cuando tales procedimientos no sean independientes del organismo encargado de la decisión administrativa de que se trate, el Miembro se asegurará de que permitan de hecho una revisión objetiva e imparcial".

³⁴⁰ *Vid.* FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 836-837.

³⁴¹ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 22 octubre 2002*, Doc. S/WPDR/M/18, 3 de diciembre 2002, p. 3.

³⁴² Estas disciplinas se plasman en los arts. VII, IX, XI y XII, respectivamente.

³⁴³ *Vid.* arts. X, XIII y XV respectivamente. Para un estudio más detallado de estas disciplinas, *vid.* entre otros: SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Safeguards, Subsidies, and Government Procurement", en HOEKMAN, B., MATTOO, A., et al. (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington, DC, World Bank, 2002, pp. 326-335; LEE, Y.-S., *Safeguard Measures in World Trade – The Legal Analysis*, 3rd ed., The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2014; ADLUNG, R., "Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services: a Never-ending Story?", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 2, 2007, pp. 235-265; PIEROLA, F., "A safeguards regime for services", en PANIZZÓN, M., POHL, N., et al. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, *World Trade Forum* Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 434-465; PORETTI, P., "Waiting for Godot: Subsidy disciplines in services trade", en PANIZZÓN, M., POHL, N., et al. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, *World Trade Forum (World Trade forum 2006)*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 466-488; SHAHID, Y., "Emergency safeguard; WTO and the

AGCS. La parte II también contiene disciplinas sobre la aplicación de las excepciones generales y las especiales relativas a la seguridad³⁴⁴. En este apartado se realiza un estudio de los aspectos centrales de estas disposiciones, tomando en consideración los aspectos relevantes para los PED³⁴⁵.

Son también obligaciones generales las relacionadas con facilitar la participación creciente de los PED en el CIS, ya sea mediante los compromisos específicos de los Miembros y mediante un trato de especial prioridad a la dificultad de los PMA para contraer compromisos específicos³⁴⁶. Esta mayor participación de los PED tiene el objetivo de mejorar su competitividad y capacidad nacional en el sector de servicios, tanto desde la perspectiva de sus intereses exportadores como importadores. El análisis de esta disposición se realiza en el apartado sobre el TED en el AGCS para los PED.

i. Los Acuerdos de Integración Económica

El art. V y V bis se ocupan de los Acuerdos de Integración Económica (AIE) y de los Acuerdos sobre mercados de trabajo, y constituyen la principal excepción del trato de NMF³⁴⁷. El art. V del AGCS se asemeja al art. XXIV del GATT y establece los requisitos sustanciales para la realización de AIE en servicios, que permiten justificar las medidas adoptadas de conformidad con estos acuerdos, que de otro modo serían incompatibles con las obligaciones establecidas en el AGCS³⁴⁸.

Los acuerdos de liberalización comercial en servicios entre las partes del AGCS están permitidos, a condición de que dicho Acuerdo tenga una “cobertura sectorial sustancial” y establezca la ausencia o la eliminación, en lo esencial, de toda discriminación entre las partes³⁴⁹. Se permite, de manera flexible, exceptuar cualquier AIE sin identificar las modalidades de integración específicas, a diferencia de lo estipulado en el comercio de bienes en el art. XXIV del GATT que se refiere explícitamente a Zonas de Libre Comercio y Uniones Aduaneras. Es sustancial, de conformidad con el AGCS, en tanto que se refiere al número de sectores, al volumen del comercio

feasibility of emergency safeguard measures under the general agreement on trade in services" (PhD thesis, The London School of Economics and Political Science (LSE), 2012).

³⁴⁴ Vid. Arts. XIV y XIV bis.

³⁴⁵ Cabe mencionar sin embargo que el estudio del TED de los PED que se desprende de algunas de las disposiciones del AGCS se ha realizado en un apartado separado. Ver el apartado III: *Trato Especial y Diferencia para los PED en el AGCS*.

³⁴⁶ Vid. art. IV del AGCS.

³⁴⁷ Respecto de la relación de esta disposición con el principio de NMF *vid.* Mattoo, A. y Fink, C., "Regional Agreements and Trade in Services: Policy Issues", *Journal of International Economic Law*, World Bank, Policy Research Working Paper 2852, June, 2002, pp. 1–32; STEPHENSON, S., "GATS and Regional Integration," en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, Brookings Institution Press, 2000, pp. 283-306.

³⁴⁸ Vid. Informe del Grupo Especial, *Canadá — Automóviles*, Doc. WT/DS142/R, *cit.*, párr. 10.271.

³⁴⁹ Vid. art. V:1 del AGCS, estas condiciones no son necesarias respecto de lo permitido en los art. XI, XII, XIV y XIV bis del AGCS.

afectado y a los distintos modos de suministro³⁵⁰. A pesar de esta aclaración no es fácil de determinar el criterio exacto de los elementos necesarios. COTTIER Y MOLINUEVO consideran que si en un AIE se excluyen más de uno o dos sectores (de los 11 sectores identificados en la clasificación de sectores), esto implicaría que la cobertura no es sustancial³⁵¹. Sin embargo, lo sustancial también puede estar relacionado con la importancia de los sectores incluidos en relación con el comercio entre las partes. Según FOOTER, el requisito de cobertura sectorial sustancial se ha establecido para evitar la conclusión de AIE que cubran sólo algún subsector o que den trato preferente solamente a ciertas áreas, y en particular para evitar que la inversión extranjera directa se realice únicamente en relación al modo de suministro de presencia comercial³⁵².

La eliminación sustancial de toda discriminación entre las partes del AIE se ha interpretado así en el sentido de requerir la eliminación de una parte considerable de éstas y no de una eliminación total³⁵³. También señala el art. VI:1 que esta eliminación sustancial de discriminación debe alcanzarse en un periodo de tiempo razonable, el cual no está definido. Lo que sí se establecen son excepciones a la no discriminación de conformidad con las disposiciones sobre pagos y transferencias, restricciones para proteger la balanza de pagos y por las excepciones generales y de seguridad del art. XIV y XIV bis.

El art. V:4 del AGCS dispone que el AIE debe tener como fin facilitar el comercio entre sus partes y que no signifique un incremento en los obstáculos al CIS de los otros Miembros y tampoco elevará, respecto de ningún Miembro ajeno al Acuerdo, el nivel global de obstáculos al comercio de servicios³⁵⁴. No existe ninguna jurisprudencia sobre este requisito, pero existe consenso en que se puede probar demostrando que el AIE en cuestión no disminuye ni el volumen ni el crecimiento del comercio de servicios de los Miembros ajenos al Acuerdo³⁵⁵.

³⁵⁰ Vid. art. V:1 a) nota al pie 1.

³⁵¹ Vid. COTTIER, T. Y MOLINUEVO, M., "Article V GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 125-166, en p. 131. Los autores se basaron en el caso *Turquía – Textiles* (DS34), donde el OA examinó el alcance del término "lo esencial de los intercambios comerciales" del art. XXIV:8 (a) (i) del GATT y aplicado a los AIE sobre bienes.

³⁵² Vid. FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 834.

³⁵³ Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 711. Se permite mantener algunas medidas restrictivas del comercio como aquellas adoptadas en el marco de los arts. XI y XII (restricciones para mantener la balanza de pago), XIV (excepciones generales) y XV (excepciones relativas a la seguridad) del AGCS. Pero no está claro si la lista es exhaustiva.

³⁵⁴ De conformidad con el art. V:4, las partes del AIE se deben asegurar que el nivel de barreras al comercio en los respectivos sectores y sub sectores de servicios no se eleva más del nivel que se aplicaba antes de que el AIE empezara a funcionar. Este principio es similar al contenido en el art. XXIV:4 del GATT. Vid. ADLUNG, R. Y MORRISON, P., "Less than the GATS: 'Negative preferences' in regional services agreements", *Journal of International Economic Law*, vol. 13, no. 4, 2010, pp. 1103-1143, p. 1108.

³⁵⁵ Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 711.

Cabe resaltar los criterios de flexibilidad existentes en el caso de que las partes del AIE sean PED³⁵⁶, tanto respecto del cumplimiento de las condiciones de cobertura sectorial y sustancial del art. V, como respecto de la ausencia o eliminación sustancial de toda discriminación³⁵⁷.

Otras condiciones y características del funcionamiento de esta disposición son:

En el caso de que a consecuencia de una conclusión, ampliación o modificación de un AIE sea necesaria la retirada o modificación de un compromiso específico, se debe aplicar el procedimiento de renegociación del art. XXI, y dar aviso (se entiende que se refiere al Consejo de Servicios) con una antelación de 90 días como mínimo³⁵⁸. Este proceso de renegociación implica que tanto los participantes en un AIE en servicios como aquellos que de manera unilateral deseen retirar o modificar un compromiso, deben pasar por el mismo procedimiento, y no está prevista ninguna particular flexibilidad para las partes de un AIE³⁵⁹.

También pueden beneficiarse de las condiciones del AIE no solo los Estados Miembros sino también los proveedores de servicios de un Miembro no parte, siempre y cuando se trate de personas jurídicas, constituidas de conformidad con la legislación de una de las partes del AIE, para lo cual éstas deben además realizar “operaciones comerciales sustantivas” en el territorio de las partes del AIE³⁶⁰. Se otorgará el acceso preferente al mercado y TN a proveedores de servicios de terceras partes, si éstos cumplen requisitos relacionados con las normas de origen. No es relevante si las personas jurídicas son de propiedad o son controladas por sus propios nacionales o por personas de cualquier otro Miembro. Respecto al significado de “operaciones comerciales sustantivas”, si bien el término es vago, se entiende que el proveedor de servicios que está realizando actividades comerciales con regularidad cumpliría con el requerimiento de una operación comercial sustantiva. En este sentido, en el Grupo de Negociación sobre las Normas ha considerado que el término "operaciones comerciales" abarca la producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio, como se estipula en el apartado b) del art. XXVIII³⁶¹.

Asimismo se incluye una obligación de notificación al CCS cuando se cree un nuevo AIE, se modifique o amplía. Esta notificación debe hacerse con “prontitud”, si bien el art. V no señala el momento exacto de la notificación, la decisión sobre un “Mecanismo de Transparencia para los Acuerdos Comerciales Regionales” aclara que la notificación debe ocurrir no más tarde de la

³⁵⁶ Vid. art. V:3 a) y b).

³⁵⁷ Ver en este capítulo el apartado sobre TED.

³⁵⁸ Vid. art. V:5.

³⁵⁹ Vid. COTTIER, T. Y MOLINUEVO, M., "Article V GATS", *op. cit.*, p. 145.

³⁶⁰ Vid. art. V:6.

³⁶¹ Vid. OMC, GRUPO DE NEGOCIACIÓN SOBRE LAS NORMAS, *Compendio de cuestiones relacionadas con los acuerdos comerciales regionales*, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría - Revisión, Doc. TN/RL/W/8/Rev.1, 1 de agosto 2002, párr. 112.

ratificación del AIE y antes de la aplicación del trato preferente entre las partes³⁶². Actualmente se han notificado 118 AIE y más de 100 han sido notificados a partir del 2000, lo que refleja el crecimiento en las iniciativas para la creación de nuevos AIE³⁶³. También se ha destacado que los Miembros han venido notificando los AIE de forma tardía y en algunos casos éstos no son notificados³⁶⁴.

El art. V ha legitimado una creciente proliferación de AIE relacionados con el sector de los servicios, lo que ha llevado también al creciente debate sobre la relación de convergencia o divergencia entre estos acuerdos comerciales regionales en servicios con las disciplinas y compromisos asumidos en el AGCS³⁶⁵. En tanto que algunos debates se enfocan en el beneficio de los principales modelos de estos acuerdos regionales (sea el modelo AGCS o ALCA – Área de Libre Comercio de las Américas) o en las posibles consecuencias de las llamadas preferencias negativas, es decir de preferencias menores que los compromisos del AGCS. Resulta interesante que, en todo caso, el efecto real de apertura al mercado de numerosos de estos AIE sea mínimo en la mayoría de los casos y el principal beneficio de los mismos se derive de la predictibilidad, de la transparencia, debido proceso e irreversibilidad de los compromisos que conllevan estos AIE³⁶⁶.

Los PED vienen usando estos AIE para instituir y fortalecer varios aspectos regulatorios, que pueden ser útiles en sus esfuerzos de internacionalización e integración en el mercado mundial de los servicios. Según MARCONINI, en este esfuerzo los modelos de AIE reflejan varias de las preocupaciones de los PED proporcionando diversos niveles de flexibilidad en sus disposiciones operativas³⁶⁷. Resaltan especialmente los nuevos Acuerdos de Integración Económica promovidos por la UE que se ocupan directamente de aspectos relacionados con el desarrollo y cooperación en el sector de los servicios³⁶⁸.

³⁶² Vid. OMC, CONSEJO GENERAL, *Mecanismo de Transparencia para los Acuerdos Comerciales Regionales*, Decisión de 14 de diciembre de 2006, Doc. WT/L/671, 18 de diciembre 2006.

³⁶³ Vid. Base de datos del Sistema de Información sobre los Acuerdos Comerciales Regionales (SI-ACR) de la OMC, <http://rtais.wto.org/UI/PublicSearchByCrResult.aspx>.

³⁶⁴ Vid. COTTIER, T. Y MOLINUEVO, M., "Article V GATS", *op. cit.*, p. 149.

³⁶⁵ Vid. entre otros STEPHENSON, S. M. Y PRIETO, F. J., "Regional Liberalization of Trade in Services: Experiences in the Americas", en HOEKMAN, B., MATTOO, A., et al. (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington DC., World Bank, 2002, pp. 336-346; MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Regionalism in Services Trade", en MATTOO, A., STERN, R., et al. (eds.), *A Handbook of international trade in services*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 221-286, p. 239 ss.; ADLUNG, R. Y MORRISON, P., "Less than the GATS: 'Negative preferences' in regional services agreements", *op. cit.*; MARCONINI, M., "Revisiting Regional Trade Agreements and Their Impact on Services Trade", *EPAs and Regionalism Programme*, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), December, Geneva, 2009, pp. 8-28.

³⁶⁶ Vid. MARCONINI, M., "Revisiting Regional Trade Agreements and Their Impact on Services Trade", *op. cit.*, p. 32.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 41.

³⁶⁸ Ver el Acuerdo de Asociación Económica CARIFORUM – EU, firmado en octubre 2008 y aprobado por el Parlamento Europeo el 29 de marzo de 2009, Resolución Legislativa del Parlamento Europeo, de 25 de marzo de 2009, sobre el Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del

ii. Reconocimiento Mutuo

El art. VII tiene como objetivo dar el marco legal para el reconocimiento de titulaciones, licencias, certificados y otros requerimientos regulatorios obtenidos en otro país, lo que es importante para el ejercicio de la competencia del sector servicios. Como señala TRACHTMAN “*Conformity with prevailing standards and other regulatory requirements is a core determinant of foreign products/producers being permitted to compete*”³⁶⁹. El reconocimiento mutuo en el marco del AGCS se centra en el art. VII:1 y establece que los Miembros “podrán” reconocer la educación o experiencia obtenidas, los requisitos cumplidos, las licencias y certificados otorgados en un determinado país. Más que una obligación legal sobre reconocimiento de equivalencia de requisitos regulatorios³⁷⁰ se trata de una posibilidad de autorización³⁷¹ que tienen los Miembros para otorgarles dicho reconocimiento en el cumplimiento de los requisitos nacionales. Se permite de esta forma a los Miembros a apartarse del requisito del trato de NMF.

Si bien esta disposición constituye el fundamento para establecer disciplinas en materia de reconocimiento en el AGCS, el término reconocimiento no está definido³⁷². Lo que se señalan son las técnicas que se pueden usar para el reconocimiento, haciéndose referencia la armonización³⁷³ y el uso de otras técnicas. Además el reconocimiento se puede otorgar de forma autónoma (reconocimiento unilateral) o mediante un convenio con el otro país (reconocimiento mutuo). En

Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por la otra Doc. 2010/C 117 E/17. Así como las negociaciones actuales para nuevos acuerdos de Asociación Económica entre la UE y África West, Africa Central, Eastern and Southern Africa (ESA), Eastern African Community (EAC), South African Development Community (SADC). Vid. European Commission, OVERVIEW OF EPA NEGOTIATIONS, Updated March 2015 – http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/september/tradoc_144912.pdf

³⁶⁹ Vid. TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation & Services Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank and Oxford University Press, 2003, pp. 57-81, p. 69.

³⁷⁰ A diferencia del el art. 2.7 del Acuerdo de OTC y el art. 4.1 del Acuerdo de MSF, en los cuales se imponen obligaciones vinculantes a los Miembros sobre reconocimiento. Si bien existen similitudes entre estas disposiciones, el art. VII del AGCS es más débil, no contiene siquiera un “*explicit encouragement*” para reconocer regulaciones extranjeras equivalentes. Vid. TRACHTMAN, J. P., "Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation", MA Tufts University, Medford, 2002; TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", *op. cit.*, p. 69.

³⁷¹ Un aspecto importante a considerar es que el art. VII no tiene un mandato de reconocimiento, sino que solamente autoriza dicho reconocimiento. Vid. NICOLAÏDIS, K. Y TRACHTMAN, J. P., "From Policed Regulation to Managed Recognition in GATS", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, DC., 2000, pp. 241-283; DE BELLIS, M. Y MORLINO, E., "Harmonisation and Mutual Recognition in the General Agreement on Trade in Services", en BATTINI, S. Y VESPERINI, G. (eds.), *Global and European Constraints Upon National Right to Regulate: The Services Sector*, Roma, Università degli Studi della Tuscia - Facoltà di Scienze Politiche, 2008, pp. 137-182.

³⁷² Vid. BEVIGLIA ZAMPETTI, A., "Market Access through Mutual Recognition : The Promise and Limits of GATS art. VII", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization, Center for Business and Government*, Washington, DC, Brookings Institution Press, 2000, pp. 283-305.

³⁷³ Como veremos en detalle al revisar los principios relacionados con la regulación nacional, la armonización en el marco de la OMC se refiere esencialmente al uso de normas técnicas internacionales.

este sentido SEGURA afirma que el art. VII prevé la posibilidad de las técnicas jurídicas del “reconocimiento mutuo” y la “armonización”, para resolver la cuestión de las barreras regulatorias que son consecuencia de las divergencias existentes entre las regulaciones neutras de los Estados; en tanto que se procura a la vez dar la debida protección al interés general³⁷⁴.

El art. VII en su párrafo 5 sugiere que, en caso de ser procedente, el reconocimiento de los requisitos regulatorios vinculados con el suministro de servicios se base en normas técnicas internacionales y que se realicen colaboraciones con organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales competentes a fin de crear normas y criterios comunes para el reconocimiento y para el ejercicio de las actividades y profesiones³⁷⁵. Según MATSUSHITA³⁷⁶ esta disposición intenta reducir el alcance de la arbitrariedad y posible discriminación que puede causar un ARM (Acuerdo de Reconocimiento Mutuo), al basar el acuerdo en criterios multilaterales, sin embargo afirma también que dichos criterios no existen o son mínimos para la mayoría de los servicios a pesar de existir una cierta tendencia en esta dirección. En el capítulo siguiente revisaremos con mayor detalle algunas de estas tentativas de multilateralizar las disciplinas sobre reconocimiento mutuo y en particular cómo se plantea esta posibilidad en el marco del art. VI sobre reglamentación nacional.

Las demás obligaciones del art. VII se aplican en el caso de que los Miembros realicen reconocimiento mutuo³⁷⁷. El art. VII:3³⁷⁸ señala que los Miembros no deben acordar un reconocimiento que implique un medio de discriminación entre los países ni de una manera que constituya una restricción encubierta al comercio. El art. VII:2 establece también un requisito de no discriminación, este requisito es según algunos autores más específico que el del art. VII:3³⁷⁹, consiste en que en el caso de realizar acuerdos de reconocimiento, las partes deben brindar la oportunidad a los otros Miembros de negociar su adhesión al mismo acuerdo o de negociar acuerdos semejantes. En el caso de reconocimiento autónomo, cualquier Miembro debe tener la

³⁷⁴ Vid. SEGURA SERRANO, A., "El comercio internacional de servicios", *op. cit.*, p. 153.

³⁷⁵ El art. VII:5 señala: “Siempre que sea procedente, el reconocimiento deberá basarse en criterios convenidos multilateralmente. En los casos en que corresponda, los Miembros trabajarán en colaboración con las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales competentes con miras al establecimiento y adopción de normas y criterios internacionales comunes en materia de reconocimiento y normas internacionales comunes para el ejercicio de las actividades y profesiones pertinentes en la esfera de los servicios.

³⁷⁶ Vid. MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T. J. Y MAVROIDIS, P. C., "Trade in Services (chapter 16)", *op. cit.*, p. 630.

³⁷⁷ Vid. art. VII:2, 3, 4.

³⁷⁸ El art. VII:3 dispone: “Ningún Miembro otorgará el reconocimiento de manera que constituya un medio de discriminación entre países en la aplicación de sus normas o criterios para la autorización o certificación de los proveedores de servicios o la concesión de licencias a los mismos, o una restricción encubierta al comercio de servicios”. Esta disposición está basada en el art. XX del GATT.

³⁷⁹ Vid. KRAJEWSKI, M., "Recognition, Standardization and Harmonization: Which Rules for GATS in Times of Crisis?", *op. cit.*, p. 418.

opción de demostrar que los requisitos o prescripciones regulatorias cumplidos en su país deben ser objeto de reconocimiento.

El art. VII entonces establece una excepción al art. II de NMF pero hace que esté condicionado a la aplicación de ciertas disciplinas en los acuerdos de reconocimiento, diseñados para prevenir que ellos sean usados para diluir plenamente la obligación de NMF³⁸⁰. En general las obligaciones sobre reconocimiento puede afectar de manera importante la regulación nacional, sin embargo el art. VII no contiene este tipo de obligación ya que solamente requiere que el reconocimiento no sea otorgado de una manera discriminatoria³⁸¹.

En el párrafo 4 del art. VII se instruye un requisito de transparencia³⁸², que se hace efectivo mediante la notificación al CCS sobre las medidas de reconocimiento existentes y nuevas medidas³⁸³. Los Miembros que desean iniciar negociaciones para acuerdos internacionales sobre reconocimiento mutuo deben informar al CCS de su intención³⁸⁴. Estas disposiciones son de especial importancia porque permiten a los Miembros beneficiarse de los derechos contenidos en el art. VII:2³⁸⁵. A pesar de la claridad en la obligación de notificación, su implementación parece ser más complicada y las notificaciones de conformidad con este art. VII:4 sobre acuerdos de reconocimiento son relativamente pocas³⁸⁶. FOOTER Y GEORGE comentan sobre las limitadas

³⁸⁰ Vid. NICOLAIDIS, K. Y TRACHTMAN, J. P., "From Policed Regulation to Managed Recognition in GATS", *op. cit.*, p. 208–265.

³⁸¹ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 43.

³⁸² Esta transparencia se hace efectiva mediante las notificaciones, cuyos requerimientos formales han sido acordados por los Miembros en las Guías para la Notificación bajo el AGCS. Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Guías para Notificaciones previstas en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 1º de marzo de 1995, Doc. S/L/5, 4 de marzo 1995, párr. 4–7.

³⁸³ Vid. art. VII:4 a) y VII:4 c). Cada Miembro, dentro del periodo de 12 meses de la entrada en vigor del AGCS informará de las medidas nacionales en vigor sobre reconocimiento y se debe señalar si dichas medidas están basadas en acuerdos de reconocimiento. También deben informar en el mismo sentido y con prontitud, si se adoptan nuevas medidas en materia de reconocimiento o si se modifican significativamente las existentes.

³⁸⁴ Vid. art. VII:4 b). Es importante señalar que esta obligación tiene como fin “brindar a los demás Miembros oportunidades adecuadas para que indiquen su interés en participar en las negociaciones antes de que éstas lleguen a una fase sustantiva”.

³⁸⁵ Vid. KRAJEWSKI, M., "Article VII GATS", *op. cit.*, p. 204.

³⁸⁶ En el 2014 se realizó solamente una notificación de conformidad con el párrafo 4 del art. VII del AGCS por Montenegro (Doc. S/C/N/710-711), en el 2012 una notificación por Ecuador (Doc. S/C/N/619), en el 2010 dos notificaciones (por Australia Doc. S/C/N/538 y Estados Unidos Doc. S/C/N/539). En el informe anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General del 2013 no se constató ninguna notificación de conformidad con el art. VII:4, tampoco en los años 2011, 2009, 2008. Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2008)*, Doc. S/C/30, 8 de diciembre 2008; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2009)*, Doc. S/C/32, 7 de octubre 2009; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2010)*, Doc. S/C/34, 19 de noviembre 2010; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2011)*, Doc. S/C/36, 11 de noviembre 2011; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios*

notificaciones realizadas hasta el 2005³⁸⁷. Cabe resaltar que muchas de las notificaciones han sido realizadas por PED de América Latina y están relacionadas sobre todo con titulaciones profesionales y de educación obtenidas en el extranjero³⁸⁸.

En el marco del CCS los Miembros han discutido sobre el problema de las pocas notificaciones en el 2004 pero no se ha acordado cómo mejorar la situación³⁸⁹. En el 2009 se volvió a tratar la cuestión desde la perspectiva más general del cumplimiento de las obligaciones de notificación, a propuesta de Suiza³⁹⁰. Más recientemente el debate se ha centrado en el intercambio voluntario de experiencias referentes a las notificaciones, en la reunión celebrada en marzo de 2011 el Consejo decidió, en vista de la particular intensidad de la labor de la OMC en ese momento, volver a examinar esta cuestión en una fecha posterior³⁹¹. Se han discutido tanto por la doctrina como por los Miembros de la OMC las posibles razones para el bajo número de notificaciones³⁹², sin

al Consejo General (2012), Doc. S/C/39, 7 de diciembre 2012; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2013)*, Doc. S/C/42, 30 de octubre 2013; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2014)*, Doc. S/C/44, 28 de noviembre 2014.

³⁸⁷ Vid. FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 540; ADLUNG, R., "Services Negotiations in the Doha Round: Lost in Flexibility?", *Journal of International Economic Law*, vol. 9, no. 4, 2006, pp. 865-893, p. 871. En este mismo sentido, TREBILCOCK Y HOWSE señalan que entre 1995 y 2006 han sido solamente 16 los Miembros que han realizado un total de 52 notificaciones. Vid. TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., "Trade in Services (Chapter 12)", *op. cit.*

³⁸⁸ Una reciente notificación presentada de conformidad con el art. VII:4 por el Ecuador señala: "El art. 126 de la Ley Orgánica de Educación Superior, la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, SENESCYT, efectivizará el reconocimiento e inscripción automática de títulos obtenidos en el extranjero cuando dichos títulos se hayan otorgado por instituciones de educación de alto prestigio y calidad internacional, siempre y cuando consten en un listado que para el efecto elabore anualmente la Secretaría, y los estudios se hayan realizado en modalidad presencial. En estos casos no se requerirá trámite alguno para que el título sea reconocido y válido en el Ecuador". Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Notificación de conformidad con el párrafo 4 del art. VII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Doc. S/C/N/619, 2 de marzo 2012.

³⁸⁹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2004)*, Doc. S/C/22, 2 de diciembre 2004, párr. 6; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe de la reunión celebrada el 26 de noviembre de 2004*, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/M/75, 3 de diciembre 2004, párr. 45.

³⁹⁰ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe de la reunión celebrada el 27 de octubre de 2009*, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/M/95, 5 de octubre 2009, p. 3; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Comunicación de Suiza - Cumplimiento de las prescripciones en materia de notificación establecidas en el AGCS*, Doc. S/C/W/297, 13 de marzo 2009. En abril de 2009 se distribuyó una Nota de la Secretaría (JOB(09)/10/Rev.1) en la que ofrecía una relación estadística de las notificaciones hechas en virtud de las disposiciones pertinentes del AGCS.

³⁹¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2011)*, Doc. S/C/36, 2011, *cit.*, p. 2.

³⁹² Vid. entre otros, ADLUNG, R., "Services Negotiations in the Doha Round: Lost in Flexibility?", *op. cit.*, p. 872; KRAJEWSKI, M., "Recognition, Standardization and Harmonization: Which Rules for GATS in Times of Crisis?", *op. cit.*, p. 204; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2004)*, Doc. S/C/22, 2004, *cit.*, p. 10. Las autoridades y órganos competentes pueden no ser conscientes de la obligación del art. VII:4, en particular si no hay una efectiva coordinación entre los ministerios de comercio y las entidades responsables para el reconocimiento mutuo. Es también posible que el alto nivel de actividades de reconocimiento por los órganos privados, incluyendo reconocimiento mutuo, contribuyan al bajo nivel de notificaciones, ya que los acuerdos de estos

embargo no se ha llegado a una conclusión, uno de los posibles motivos parece ser que algunos Miembros consideran que es suficiente notificar bajo el art. V:7 los Acuerdos de Integración Económica que contienen disposiciones de reconocimiento, dejando de hacerlo en el marco del art. VII:4 b).

Sin embargo, desde otra perspectiva MATTOO ha planteado que una cuestión preocupante y pendiente es en qué extensión dichos acuerdos de reconocimiento mutuo pueden por un lado ser deseables y por el otro pueden desvirtuar o incluso violar las obligaciones de NMF³⁹³. Definir el punto de referencia para este análisis puede ser una tarea complicada, ya que son muchas las variables que afectan la discriminación en el contexto de los servicios. Las partes interesadas pueden enfrentarse a obstáculos importantes cuando requieren la extensión de un ARM. Esto es un caso en el cual la distinción entre la diferenciación legítima y la arbitrariedad puede resultar muy difícil, especialmente para los órganos resolutorios de la OMC cuando sea llamado a juzgar dichas cuestiones. Se hace así una distinción entre permitir a los proveedores de servicios de ciertos Miembros tener AM facilitando procedimientos iguales en base a acuerdos de reconocimiento, de un lado, y la aplicación de requisitos sustantivos para los proveedores de servicios, de otro lado. Si se cumplen las normas sustantivas se debe permitir la titulación, cualquiera sea su país de origen³⁹⁴.

Resumiendo, MATTOO señala que el art. VII constituye un “delicado balance en tanto que los ARM permitidos no sean usados como un medio de discriminación y los terceros países tengan la oportunidad de acceder a dichos acuerdos o demostrar equivalencia. Por otro lado el resultado de los ARM es que se mejore la calidad y uniformidad en la regulación doméstica en tanto que sea lo deseado por la sociedad, a fin de fortalecer el reconocimiento y asegurándose que no constituya una forma de discriminación”³⁹⁵.

Los estados Miembros que desarrollan acuerdos de reconocimiento mutuo conforme al art. VII del AGCS son requeridos a “otorgar adecuadas oportunidades para otros Miembros interesados en negociar su acceso a dichos acuerdo o negociar acuerdos comprables. El art. V del AGCS permite acuerdos de integración. La relación entre estas dos disposiciones y las circunstancias en las cuales

órganos no están cubiertos por el art. VII:4. Otro motivo puede ser que algunos Miembros consideren que los Acuerdos de Integración Económica que contienen disposiciones de reconocimiento solamente necesitan ser notificadas bajo el art. VI:7 a) y no bajo el art. VII:4 b). Sin embargo, como explica con mayor detalle KRAJEWSKI, no hay base en los textos de estas dos disposiciones que fundamente dicha perspectiva.

³⁹³ Vid. MATTOO, A., "MFN and the GATS", *op. cit.*; mencionado también en MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T. J. Y MAVROIDIS, P. C., "Trade in Services (chapter 16)", *op. cit.*, p. 630; MATTOO, A., "MFN and the GATS", en COTTIER, T. Y MAVROIDIS, P. C. (eds.), *Regulatory barriers and the principle of non-discrimination in world trade law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2000, pp. 51-100, p. 51.

³⁹⁴ Vid. STEPHENSON, S., "Deepening Disciplines for Trade in Services", *Analyses on Trade and Integration in the Americas*, Organization of American States (OAS), Trade Unit Studies, Washington DC, 2001, p. 17.

³⁹⁵ Vid. MATTOO, A., "Developing Countries in the New Round of GATS Negotiations: Towards a Pro-Active Role", *The World Economy*, vol. 23, 2000, pp. 471-489, p. 475.

se les permite a los PED participar en los acuerdos de reconocimiento entre PD es una cuestión en debate emergente. Bajo la jurisprudencia del Órgano de Apelación relacionada con las obligaciones acumulativas, es al menos discutible que los acuerdos de reconocimiento dentro de acuerdos de integración regional no sean protegidos por el art. V de adicional escrutinio, y podrían ser requeridos para cumplir con el art. VII. Más adelante se examina una cuestión similar dentro del GATT³⁹⁶.

iii. Monopolios y proveedores exclusivos de servicios y Prácticas comerciales restrictivas

Como ya hemos visto, las conductas anticompetitivas como el monopolio u oligopolio pueden constituirse en fallos de mercado³⁹⁷ por la falta de una adecuada regulación, y estas prácticas han sido tradicionalmente usuales en los servicios. Sin embargo, los recientes cambios tecnológicos y nuevos enfoques regulatorios han contribuido a cambios en los marcos legales de este sector³⁹⁸. Estas conductas anticompetitivas en el sector de servicios³⁹⁹ pueden impedir el AM nacional de otros proveedores de servicios o ser una amenaza para el trato no discriminatorio de otros competidores.

Las disposiciones del AGCS no prohíben *per se* los monopolios o la existencia de proveedores de servicios exclusivos, tampoco obligan a su eliminación, pero sí los controla a fin de prevenir que prácticas comerciales que constituyan un abuso de su posición dominante impidan la liberalización del comercio de servicios⁴⁰⁰. El AGCS, en particular en su art. VIII, el art. IX, así como en el Documento de referencia de los servicios de telecomunicaciones contiene disposiciones en pro de regulaciones nacionales que promuevan la buena competencia y buscan la armonía entre las prácticas comerciales de los proveedores de servicios monopolistas y los compromisos de servicios

³⁹⁶ Vid. TRACHTMAN, J. P., "Embedding Mutual Recognition at the WTO", *Journal of European Public Policy*, vol. 14, no. 6, 2007, pp. 780-799.

³⁹⁷ Revisar en el capítulo sobre regulación, lo analizado sobre las fallas del mercado, p. X

³⁹⁸ Vid. SÁEZ, S., "El comercio de servicios en el marco del sistema de solución de controversias de la OMC", CEPAL, Division de Comercio Internacional e Integración, 60, diciembre, Santiago, 2006, p. 34.

³⁹⁹ Suelen presentarse por ejemplo en el sector de telecomunicaciones, cuando hay un monopolio de los servicios locales pero competencia respecto a los servicios de larga distancia terrestre, móviles y otros, también en sectores de transporte por la presencia de "cabotaje", pueden impedir el acceso al mercado. TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., "Trade in Services (Chapter 12)", *op. cit.*, p. 362. Los comportamientos anticompetitivos pueden incluir también las exclusividades de los proveedores de servicios en un mercado en particular. FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.* p. 840-841.

⁴⁰⁰ Vid. BIGDELI, S. Z. Y RECHSTEINER, S., "Article VIII GATS ", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 205-219. Estas prácticas de posición dominante incluyen ciertas medidas de empresas proveedoras de servicios (públicas o privadas) que restringen o afectan la habilidad de otros proveedores de prestar un servicio y competir. Vid. SÁEZ, S., "El comercio de servicios en el marco del sistema de solución de controversias de la OMC", *op. cit.*, p. 34.

asumidos por los Miembros. Constituyen el núcleo de derecho de la competencia dentro del AGCS, sin embargo no contienen obligaciones sustantivas fuertes⁴⁰¹.

El art. VIII:1 requiere que los Miembros se aseguren que los proveedores monopolistas de un servicio que operan en su territorio⁴⁰² no actúen de manera incompatible con el art. II del AGCS sobre NMF⁴⁰³ y con los compromisos específicos listados por estos Miembros⁴⁰⁴. FOOTER menciona por ejemplo el abuso de sus monopolios o el otorgamiento de derechos exclusivos como actuaciones inconsistentes con el art. VIII⁴⁰⁵.

Lo primero que se tiene que tomar en consideración al interpretar esta disposición es el concepto de “proveedor monopolista de un servicio”, para lo que hay que acudir a la definición dada por el AGCS que señala que es: “toda persona, pública o privada, que en el mercado correspondiente del territorio de un Miembro esté autorizada o establecida de hecho o de derecho por ese Miembro como único proveedor de ese servicio”⁴⁰⁶. El alcance de esta definición está esencialmente determinado por la estructura del mercado y no por el patrón de propiedad de la empresa. Entonces la cuestión del alcance de los derechos de monopolio está relacionada con la definición del “mercado pertinente o mercado relevante”, lo cual es necesario definir a fin de que el mercado cualifique como monopolista⁴⁰⁷. El Grupo Especial en *México – Telecom* resolvió la cuestión de mercado relevante en el contexto del Documento de Referencia sobre

⁴⁰¹ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁰² Al señalar los proveedores monopolísticos de servicios “en su territorio”, implica que el comportamiento anti-competitivo extraterritorial no está cubierto, a diferencia de lo que ocurre en el art. XVIII:1.

⁴⁰³ Vid. art. VIII:1. La obligación de consistencia con el trato de NMF incluye la prohibición de una discriminación *de facto* y *de jure* en la prestación de servicios monopolísticos, entre los proveedores de otro Miembro, sin importar si el sector en cuestión está listado o no y sin perjuicio de las excepciones de NMF que el Miembro haya listado. En el caso *CE – Banano III* se decidió sobre el contenido del trato menos favorable en el sentido que incluye la discriminación *de facto* y *de jure*. Vid. Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, párr. 233 ss.

⁴⁰⁴ Según MATTOO el alcance del art. VIII depende especialmente de la extensión en que los Miembros realicen sus compromisos específicos sobre AM y TN. Vid. MATTOO, A., “Dealing with Monopolies and State Enterprises: WTO Rules for Goods and Services”, *Research and Analysis: Working Papers*, World Trade Organization, Trade in Services Division, Geneva, 1998, p. 6. Sin embargo para JACKSON la obligación de no discriminación de las empresas estatales en general en la OMC no incluye el TN, *vid.* JACKSON, J. H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, *op. cit.*

⁴⁰⁵ Un ejemplo de actuación que devendría en una violación es cuando un proveedor monopolista de servicios postales da prioridad para la entrada de servicios postales de una empresa extranjera particular, respecto de otras empresas extranjeras que tienen actividad económica en este país. BIGDELI, S. Z. Y RECHSTEINER, S., “Article VIII GATS”, *op. cit.*, p. 211.

⁴⁰⁶ Ver la definición de proveedor monopolista de un servicio en el art. XVIII h) del AGCS. También debe considerarse lo que se entiende por proveedor de un servicio según art. XXVIII b) g), j), i) y lo explicado en esta investigación respecto a los modos de prestación de servicios.

⁴⁰⁷ Vid. MATTOO, A., “Dealing with Monopolies and State Enterprises: WTO Rules for Goods and Services”, *op. cit.*, p. 5. Para una revisión de la determinación del mercado relevante en una disputa de la OMC *vid.* BIGDELI, S. Z. Y RECHSTEINER, S., “Article VIII GATS”, *op. cit.*, p. 213.

Telecomunicación y confirmó que la noción de sustitución de demanda – en términos simples – se da si un consumidor considera dos productos como sustituibles, lo que es central en la definición de mercado desde la perspectiva de las autoridades de competencia⁴⁰⁸.

A fin de calificar como un monopolio de servicios dentro del alcance del art. VIII:1, lo que se requiere es que el proveedor sea el “único” en un mercado relevante, los servicios suministrados por él deben caer dentro del ámbito del mercado de servicios en que el proveedor tiene su monopolio. Sin embargo, las actividades de compra o venta de dichos monopolio (bienes o servicios), sea para la introducción al mercado (marketing) o para su propio consumo, quedan fuera del ámbito de aplicación de art. VIII⁴⁰⁹.

Además, solamente están dentro del ámbito del art. VIII los monopolios o proveedores únicos considerados como “monopolios legales”, es decir que tiene autorización o están establecidos de derecho o *de facto*. En relación a esto se ha señalado que si el gobierno solamente tolera un monopolio pero que no crea alguna medida de facilitación gubernamental⁴¹⁰, no se estaría dando la “autorización o establecimiento” del proveedor monopolista. En tanto que el determinar, en un caso concreto, si la acción gubernamental “autoriza o establece” la constitución de un proveedor monopolístico parece que ha de ser establecido caso por caso⁴¹¹. Tampoco están dentro del alcance del art. VIII los monopolios que existen por razones económicas o tecnológicas, como es el caso de los monopolios naturales (que se siguen dando en algunos sectores de infraestructuras como telecomunicaciones y vías férreas) pero que no tienen ninguna facilidad o tratamiento especial otorgado por el sector público⁴¹². No es relevante para la calificación de proveedor monopolista de servicios, bajo la definición del AGCS, si la entidad es propiedad pública o privada. En este sentido, los llamados monopolios públicos que prestan servicios en el ejercicio de la autoridad

⁴⁰⁸ Vid. Informe del Grupo Especial, *México — Telecomunicaciones*, Doc. WT/DS204/R, *cit.*, párr. 7.152.

⁴⁰⁹ Vid. MATTOO, A., "Dealing with Monopolies and State Enterprises: WTO Rules for Goods and Services", *op. cit.*, p. 5; BIGDELI, S. Z. Y RECHSTEINER, S., "Article VIII GATS", *op. cit.*, p. 210. Esto está relacionado con el alcance del art. VIII, que es diferente al de su equivalente en el GATT, ya que este último incluye las “compras y ventas” de la empresa, lo que involucra sus importaciones o exportaciones. MATTOO considera que en el contexto del AGCS la compra de las empresas comerciales estatales de servicios para producir un bien no están cubiertas.

⁴¹⁰ La determinación de que la acción es atribuible al gobierno está relacionada con el sentido y alcance del término “medida”. En este contexto se ha señalado que “medida” tiene un sentido más amplio en el AGCS que el GATS, ver el art. CCVIII a) Vid. ZDOUC, W., "WTO dispute settlement practice relating to the GATS", *op. cit.*, p. 305.

⁴¹¹ Vid. BIGDELI, S. Z. Y RECHSTEINER, S., "Article VIII GATS", *op. cit.*, p. 208–209. Para la analogía de las resoluciones del GATT sobre las acciones atribuibles a los gobiernos y su aplicación al AGCS, *vid.* entre otros LLOYD, P., "When should new areas of rules be added to the WTO?", *World Trade Review*, vol. 4, no. 02, 2005, pp. 275-293, párr. 108 ss.; KURTZ, J., "The International Law on Foreign Investment by M. Sornarajah Cambridge University Press, 2nd edn 2004, pp. vii, 525", *World Trade Review*, vol. 4, no. 02, 2005, pp. 324-332; párr. 54.1.4. ; Informe del Grupo Especial, *Japón — Películas*, Doc. WT/DS44/R, *cit.*, párr. 10.43.

⁴¹² Vid. ADLUNG, R., "Public Services and the GATS", *Journal of International Economic Law*, vol. 9, no. 2, 2006, pp. 455-485, p. 473.

gubernamental caen fuera del alcance del AGCS y del art. VIII. Sin embargo, si se tratara de una actividad de monopolio público, pero que opera en una base comercial, caerían dentro del alcance del AGCS y por tanto del art. VIII⁴¹³.

El art. VIII:2 contiene una obligación condicional, requiere a los Miembros de prevenir que un proveedor monopolista realice acciones que constituyan “abuso de posición monopolista”⁴¹⁴. Ésta se puede generar en el marco del AGCS cuando un proveedor monopolístico compite, directamente o por medio de una *sociedad afiliada*⁴¹⁵, en el suministro de un servicio respecto del cual *no tiene derechos de monopolio* y el sector está sujeto a los compromisos específicos contraídos por dicho Miembro. El objetivo es evitar que las posiciones que los proveedores monopolísticos tengan en un determinado sector de servicios constituyan un abuso para el CIS de otro sector⁴¹⁶. Si bien no hay mayor aclaración del contenido conceptual de abuso de posición monopolista en el art. VIII, se puede tomar como referente el párr. 1 y 2 del Documento de Referencia de los servicios de telecomunicaciones básicas⁴¹⁷, que establece una lista no exhaustiva de tipos de “aviso de una posición dominante”, que podría ser relevante para todas las industrias de redes como sectores de gas, electricidad, agua o vías férreas.

El art. VIII también contiene una disposición laxa por la cual el CCS, en caso de que lo estime conveniente y a solicitud de un Miembro, podrá pedir al Miembro en cuyo territorio se haya establecido o que se mantenga o autorice al proveedor monopolista, que le facilite información

⁴¹³ Los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales están excluidos del alcance de AGCS (art. I:3 b) c)). Para una discusión detallada sobre la el significado de servicios operados en el ejercicio de facultades gubernamentales, en tanto no sea prestado “en una base comercial ni en competencia de uno o más proveedores de servicios, ver el análisis de Servicios Públicos de este capítulo.

⁴¹⁴ En el contexto de comercio intencional son de especial preocupación aquellas formas de abuso que tienen un “efecto de exclusión o que de otra forma limitan la efectiva competencia para las empresas extranjeras, *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE COMERCIO Y POLÍTICA DE COMPETENCIA, Comunicación de la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, Doc. WT/WGTCP/W/45 24 de noviembre de 1997, p. 7. El término “abuso de posición monopolista” es más restringido en su alcance que el término “posición dominante” como es usado en el derecho de la competencia, que significa la práctica de una empresa de mantener, realzar o explotar el poder de su monopolio. Para revisar el contenido del abuso de posición dominante en el derecho de la competencia, *vid.* entre otros. WTO, Trade and Competition Policy, in Annual Report, Vol. I, 1998, 30–91, p. 42. El art. 102 del TFUE (antiguo artículo 82 TCE) señala que es incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados Miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo y explica en qué pueden consistir tales prácticas. La Ley de Defensa de la Competencia de España 17 de julio de 1989, en su artículo 6, recoge de forma no cerrada, alguno de los supuestos típicos del abuso de posición de dominio que resultan prohibidos.

⁴¹⁵ La definición de persona jurídica afiliada del art. XXVIII n) del AGCS ayuda con la definición. Señala el art. XVII n) iii) que una persona jurídica es “afiliada” respecto de otra persona cuando la controla o está bajo su control, o cuando una y otra están bajo el control de una misma persona.

⁴¹⁶ *Vid.* BIGDELI, S. Z. Y RECHSTEINER, S., “Article VIII GATS”, *op. cit.*, p. 212,

⁴¹⁷ Este listado incluye: (a) realizar actividades anticompetitivas de subvención cruzada; (b) utilizar información obtenida de competidores con resultados anticompetitivos; y (c) no poner oportunamente a disposición de los demás proveedores de servicios la información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente pertinente que éstos necesiten para suministrar servicios.

relevante específica en relación con las operaciones de que se trate, a fin de determinar si realiza actividades incompatibles con los párrafos 1 o 2⁴¹⁸. El AGCS no impide que un Miembro otorgue derechos de monopolio o derechos de exclusividad respecto a los suministros de servicios cubiertos por sus compromisos específicos. Sin embargo, en estos casos tiene la obligación de notificar al CCS con una antelación mínima de tres meses antes de la fecha prevista para hacer efectiva la concesión de los derechos de monopolio, y serán aplicables las disposiciones de los párrafos 2, 3 y 4 del art. XXI (Modificación de las listas)⁴¹⁹. Finalmente el artículo establece que sus disposiciones se aplicarán también a los proveedores exclusivos de servicios, cuando se autorice o establezca a un pequeño número de proveedores de servicios, y éstos impidan sustancialmente la competencia entre esos proveedores en su territorio⁴²⁰.

Respecto a prácticas empresariales, el art. IX establece el mandato de observar el derecho del Miembro afectado a entablar consultas obligatorias para buscar eliminar las prácticas comerciales anticompetitivas que restrinjan el CIS. Estas prácticas realizadas por los proveedores de servicios se refieren a aquellas que son distintas a las comprendidas en el art. VIII. "Se refieren a prácticas empresariales restrictivas *"pure and simple"*, pero potencialmente con un enfoque más amplio que el art. VIII"⁴²¹. En la disposición también se hace hincapié en que el Miembro ha de examinar la petición de información "cavalmente y con comprensión" y en facilitar la información que guarde relación con el asunto, siempre que no se trate de información confidencial.

Se ha comentado sobre el alcance limitado del art. VIII y el limitado valor del art. XI⁴²², en este contexto, estas disposiciones son especialmente relevantes en el sector de las telecomunicaciones, ya que en la mayoría de los servicios de infraestructura los monopolios u oligopolios han desaparecido. En el sector de las telecomunicaciones el Documento de Referencia contiene el compromiso de cumplir con un conjunto de principios que puede contribuir a mejorar la competencia en el sector⁴²³. Parte de la doctrina ha destacado la necesidad de fortalecer las normas

⁴¹⁸ Vid. Art. VIII párr. 3.

⁴¹⁹ Vid. art. VIII:4. Ver también la Guía para las notificaciones bajo el AGCS. Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Guías para Notificaciones previstas en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Doc. S/L/5, 1995, *cit.*, párr. 4-7.

⁴²⁰ Vid. art. VIII:5.

⁴²¹ Vid. TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., "Trade in Services (Chapter 12)", *op. cit.*, p. 362; FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 841.

⁴²² Parte de las insuficiencias de estas disposiciones, por ejemplo respecto al comportamiento de los proveedores de servicios dominantes, ha sido cubierta por el Anexo en Telecomunicación y los compromisos adicionales del sector de las telecomunicaciones y transporte marítimo. Respecto a los monopolios en sectores profesionales (como en contabilidad, arquitectura, servicios legales), se ha relacionado el problema a los requisitos de titulaciones y normas técnicas, lo que está siendo negociado bajo el mandato del art. VI:4 sobre reglamentación nacional. Vid. MATTOO, A., "Dealing with Monopolies and State Enterprises: WTO Rules for Goods and Services", *op. cit.*, p. 8; MATTOO, A., "Developing Countries in the New Round of GATS Negotiations: Towards a Pro-Active Role", *op. cit.*, p. 474.

⁴²³ Vid. MATTOO, A., "Developing Countries in the New Round of GATS Negotiations: Towards a Pro-Active Role", *op. cit.*, p. 474.

multilaterales relacionadas con las prácticas anticompetitivas⁴²⁴, en sectores tales como servicios marítimos, transporte aéreo, servicios profesionales entre otros. Esto podría ayudar a los países pequeños con poca capacidad de implementación, ya que los beneficios de la liberalización no serán capturados por los carteles internacionales.

iv. Pagos y transferencias y restricciones para proteger la balanza de pagos

Los pagos y transferencias son importantes para resguardar el valor de los compromisos específicos de los Miembros, ya que el incentivo de los proveedores para realizar transacciones disminuye considerablemente en un mercado que no da las garantías para la realización de los pagos internacionales por prestación de los servicios⁴²⁵. Además se ha señalado que las metas del AGCS sobre liberalización del CIS solamente pueden cumplirse si los correspondientes pagos y transferencias internacionales son permitidos⁴²⁶.

En este sentido, el AGCS establece en el art. XI:1 que no se pueden aplicar restricciones en las transferencias y pagos internacionales en las transacciones corrientes relacionadas con los compromisos específicos realizados por los Miembros⁴²⁷. El párr. 2 del art. XI completa la obligación y señala que el AGCS no afectará a los derechos y obligaciones que los Miembros tengan con el FMI, incluida la utilización de medidas cambiarias⁴²⁸. Respecto a la imposición de restricciones a las transacciones de capital que sean incompatibles con los compromisos específicos, los Miembros no podrán imponer dichas restricciones, salvo que estén cubiertas por la

⁴²⁴ Vid. FOX, E. M., "The WTO's First Antitrust Case - Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition", *Journal of International Economic Law*, vol. 9, no. 2, 2006, pp. 271-292; BRONCKERS, M., "Trade and Competition Interlinkages: The Case of Telecom", FEEM, Working Paper No. 68-99, 1999; HOEKMAN, B., LOW, P. Y MAVROIDIS, P., "Antitrust disciplines and market Access negotiations: lessons from the telecommunications sector" (paper presented at the Conference on Competition Policies for an Integrated World Economy, Oslo, 13-14 June 1996).

⁴²⁵ Vid. MAVROIDIS, P. C., BERMANN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis, op. cit.*, p. 779. En la disputa *EEUU – Juegos de azar* el Grupo Especial confirma la importancia del art. XI, en el sentido que tiene un rol crucial en asegurar el valor de los compromisos específicos de los Miembros en servicios. Esta disposición constituye un complemento indispensable a las disciplinas del AGCS sobre Acceso al Mercado y Trato Nacional. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Juegos de azar, Doc. WT/DS285/R, cit.*, párr. 6.442.

⁴²⁶ Vid. LEHMANN, A., TAMIRISA, N. Y WIECZOREK, J., *Implications for the IMF*, IMF Policy Discussion Paper, Doc. PDP/03/06, 2003, p. 3.

⁴²⁷ Esta disposición es en cierta medida similar al art. XI del GATT, ya que prohíbe cierto tipo de restricciones cuantitativas. Vid. FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 84.

⁴²⁸ Los Miembros tienen obligaciones asumidas en virtud del Convenio Constitutivo del FMI, incluida la utilización de medidas cambiarias que estén en conformidad con dicho Convenio. Vid. Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, adoptado en la Conferencia Monetaria y Financiera de las naciones Unidas celebrada en Bretton Woods, new Hampshire, el 22 de julio de 1944, que entró en vigor el 27 de diciembre de 1945. Conforme a la última enmienda que entró en vigor el 3 de marzo de 2011, incorpora las modificaciones aprobadas por la resolución no. 63-2 de la Junta de Gobernadores, adoptada el 28 de abril de 2008 <http://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/aa/aa.pdf>

excepción de balanza de pago del art. XII o a solicitud del FMI. Los Códigos de la OCDE⁴²⁹ también exigen que los Miembros permitan la libre transferencia de los pagos corrientes (utilidades, dividendos, etc.) relacionados con las inversiones abarcadas y los movimientos de capital necesarios para la realización, el desarrollo y la liquidación de la inversión.

Si bien el AGCS distingue entre transacciones corrientes y transacciones de capital, como regla general está prohibida la restricción de cualquier tipo de estas transacciones. Por ende, no es tan relevante que el AGCS no contenga expresamente definiciones específicas de estos conceptos⁴³⁰, a diferencia de lo que pasa en el marco del FMI, donde las restricciones de transacciones de capital son generalmente permitidas por el FMI, mientras que las de transacciones corrientes no lo son⁴³¹.

Cabe mencionar que, conforme explican con detalle CHRIST Y PANIZZON⁴³², son cinco las excepciones alternativas al art. XI, a saber: cualquier restricción para salvaguardar la balanza de pagos, de conformidad con el art. XII del AGCS; cualquier restricción cubierta por las excepciones generales del art. XIV y XIV bis; cualquier restricción cubierta por la escisión del párrafo 2 lit. a del Anexo sobre Servicios Financieros; con respecto a las transacciones corrientes; cualquier restricción que sea consistente con los derechos y obligaciones de dichos Miembros bajo el acuerdo del FMI; y con respecto a las transacción de capital, cualquier restricción solicitada por el FMI. Esta diversidad de excepciones tiene relación con la complejidad de esta disposición, que intenta acoger varios intereses que pueden algunas veces ser divergentes entre sí.

⁴²⁹ Los Códigos de la OCDE de Liberalización de los Movimientos de Capital y de Liberalización de las Operaciones Corrientes de Invisibles. (OCDE Los Códigos de la OCDE de Liberalización de los Movimientos de Capital y de Liberalización de las Operaciones Corrientes de Invisible de 12 diciembre 1961, Doc. OECD/C(61)95 y OECD/C(61)96). Muchas restricciones limitadas por el art. XI han sido ya eliminadas hace tiempo por Miembros de la OECD. De manera similar el art. 56 del ECIT liberaliza los pagos y transferencias internacionales entre los Miembros de la UE. El FMI actualmente favorece la condicionalidad respecto a las salvaguardas de la balanza de pagos.

⁴³⁰ En el marco del FMI existe una definición negativa de pagos por transacciones corrientes, se entiende que son los que no tienen como finalidad efectuar transferencias de capital y comprenden, sin limitación (lista no exhaustiva): 1) todos los pagos relacionados con el comercio exterior, con otras transacciones corrientes, incluso servicios, y con los servicios bancarios y crediticios ordinarios a corto plazo; 2) pagos por concepto de intereses de préstamos y de ingresos netos provenientes de otras inversiones; 3) pagos de un monto moderado por concepto de amortización de préstamos o de depreciación de inversiones directas, y 4) remesas moderadas para atender gastos de sostenimiento de la familia. *Vid.* Art. XXX del Convenio Constitutivo del FMI. Esta lista incluiría los pagos hechos en conexión con el suministro de servicios. Algunas veces la distinción entre pagos corrientes y de capital puede no ser clara por lo que se deja al FMI decidir la naturaleza de una transacción específica en caso de duda.

⁴³¹ *Vid.* art. VI(3) del Convenio Constitutivo del FMI: "Los países Miembros podrán ejercer los controles que consideren necesarios para regular los movimientos internacionales de capital, pero ningún país Miembro podrá ejercer dichos controles en forma que restrinja los pagos por transacciones corrientes o que demore indebidamente las transferencias de fondos para liquidar obligaciones, excepto en los casos previstos en el Artículo VII, Sección 3 b), y el Artículo XIV, Sección 2.

⁴³² *Vid.* CHRIST, B. Y PANIZZON, M., "Article XI GATS ", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 245-257, p. 253 ss.

El alcance de esta disposición por el momento es limitado en particular para los PED, ya que la prohibición sobre posibles restricciones en pagos y transferencias internacionales se aplica solamente respecto las transacciones corrientes de los sectores con compromisos de liberalización⁴³³. Por otro lado, otras organizaciones internacionales como el FMI y la OCDE han regulado ya expresamente estas restricciones desde hace bastante tiempo. Han liberalizado un amplio rango de transferencias relacionadas con la inversión y en general prohibido cualquier restricción a las transferencias y pagos internacionales.

El art. XII explica en detalle una de las excepciones a la obligación del art. XI, sobre la prohibición de restricciones en transacciones corrientes y de capital. De esta forma, los Miembros pueden adoptar o mantener restricciones del comercio⁴³⁴ de servicios, en los pagos y las transferencias internacionales por concepto de transacciones, respecto de los compromisos que hayan contraído, siempre y cuando sea para salvaguardar la existencia o amenaza de graves dificultades financieras exteriores o una crisis de la balanza de pago⁴³⁵, o si lo solicita el FMI.

Dentro de los principales requisitos exigidos, se prevé que dichas restricciones sean aplicadas en una base no discriminatoria y sean compatibles con las disposiciones del Convenio constitutivo del FMI⁴³⁶. Estas condiciones sustantivas y procesales están destinadas a limitar el impacto negativo de dichas medidas en los compromisos asumidos en el marco del AGCS⁴³⁷. Otro requisito es que las medidas sean de carácter temporal, debiendo finalizar una vez que las circunstancias que las originaron terminen. Formalmente se debe notificar al Consejo General

⁴³³ El rol de estas disposiciones va incrementando en tanto que se realicen mayores compromisos, pero como es sabido, los PED han realizado pocos o ningún compromiso específico en servicios.

⁴³⁴ Las acciones para reducir las dificultades en la balanza de pagos suelen ser medidas que tienen por objeto fortalecer las cuentas corrientes del país afectado, reduciendo la importación o incrementando la exportación; lo que lleva a consecuencias negativas en el libre comercio. Otras medidas de carácter financiero como la depreciación de las monedas nacionales pueden traer consigo problemas macroeconómicos como la inflación importada.

⁴³⁵ La balanza de pagos de un país tiene dos componentes principales: la cuenta de capitales, que registra el resultado neto de los flujos de entrada y salida de inversión internacional pública y privada; y la cuenta corriente, que representa el balance total de bienes y servicios, más el ingreso neto como intereses y dividendos y transferencias de pago netas. *Vid.* LOWENFELD, A. F., *International economic law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 15–17; KRUGMAN, P. Y OBSTFELD, M., *Economía Internacional. Teoría y Política*, 7a ed., Madrid, Pearson Addison-Wesley, 2006, pp. 297–326.

⁴³⁶ *Vid.* Art. XII: a) – e): a) no discriminarán entre los Miembros; b) serán compatibles con el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional; c) evitarán lesionar innecesariamente los intereses comerciales, económicos y financieros de otros Miembros; d) no excederán de lo necesario para hacer frente a las circunstancias mencionadas en el párrafo 1; y e) serán temporales y se eliminarán progresivamente a medida que mejore la situación indicada en el párrafo 1. *Vid.* TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., "Trade in Services (Chapter 12)", *op. cit.*, p. 362; MAVROIDIS, P. C., BERMANN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis*, *op. cit.*, p. 800. Estos procedimientos son similares a los contenidos en el GATT, respecto a la relación del art. XII con las disposiciones del GATT, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE COMERCIO E INVERSIONES, *Excepciones y salvaguardias por razones de balanza de pagos*, Nota de la Secretaría, Doc. WT/WGTI/W/137, 26 de agosto 2002, párr. 35–36.

⁴³⁷ *Vid.* GROTE, R., "Article XII GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 259-271, en p. 260.

sobre la aplicación de estas restricciones⁴³⁸ (art. XII:4). Los Miembros que realicen las restricciones del art. XII deberán de celebrar consultas con el Comité de Restricciones por Balanza de Pagos sobre las restricciones⁴³⁹.

En el marco del GATT ya se ha reconocido el derecho de los Miembros a imponer restricciones en la importación de las mercancías, así como la flexibilidad adicional para los PED⁴⁴⁰. Se adoptó el entendimiento de las disposiciones de Balanza de Pagos para clarificar las cuestiones procesales y substanciales respecto a las restricciones impuestas para solucionar los problemas de la balanza de pagos, en ella se expresa la preferencia por las mediadas basadas en precios sobre las restricciones cuantitativas. Los requisitos para el uso de restricciones en la Balanza de Pagos en servicios son también semejantes a los señalados en el GATT⁴⁴¹.

Esta disposición es de especial relevancia para los PED, que pueden encontrarse especialmente con dificultades en su balanza de pagos y financieras. Por lo que deben tomar especialmente en cuenta el contenido del párr. 3 del art. XII, el cual señala que las medidas adoptadas no deben tener el objetivo de proteger un sector en particular. Es decir, que deben evitar usar esta disposición para propósitos proteccionistas. Lo que sí pueden hacer los Miembros es priorizar aquellos sectores de servicios que sean esenciales para sus programas económicos o de desarrollo, ya que el art. XII:1 dispone un especial reconocimiento a las circunstancias de presión en la balanza de pagos de un Miembro PED⁴⁴².

a. Medidas de salvaguardia urgentes, sobre Contratación pública y sobre Subvenciones

Existen también otras obligaciones en la parte II del AGCS relacionadas con medidas de salvaguardia urgentes, sobre contratación pública de servicios y sobre subvenciones⁴⁴³, respecto de

⁴³⁸ El Consejo General podrá evaluar y decidir sobre las siguientes cuestiones: i) si la situación de la balanza de pagos justifica la adopción de restricciones a corto plazo; ii) si se realiza una política económica apropiada para la pronta eliminación de esas restricciones.

⁴³⁹ No es un comité específico del AGCS, es competente tanto para el AGCS como el GATT (XII 4, 5). Las consultas finalizan con informe al Comité al Consejo General, el cual puede incluir recomendaciones que no tienen carácter vinculante. En el marco del AGCS no se ha presentado ninguna disputa relacionada con las restricciones de balanza de pagos. En el marco del GATT, en la disputa *India – Restricciones Cuantitativas* el Grupo Especial decidió que las medidas en cuestión pasaran a consulta ante el Comité. *Vid. BREWER, T. L. Y YOUNG, S., "Investment issues at the WTO: the architecture of rules and the settlement of disputes", Journal of International Economic Law*, vol. 1, 1998, pp. 457-470, párr. 5.114.

⁴⁴⁰ *Vid.* art. XII GATT y el art. XVIII sección b del GATT.

⁴⁴¹ La nota al pie del art. XII; 5 del AGCS hace este reconocimiento, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE COMERCIO E INVERSIONES, *Excepciones y salvaguardias por razones de balanza de pagos*, Doc. WT/WGTI/W/137, 2002, *cit.*

⁴⁴² *Vid.* MAVROIDIS, P. C., BERMANN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis*, op. cit. Para mayor detalle ver el apartado sobre TED en servicios, lo comentado sobre el art. XII.

⁴⁴³ *Vid.* arts. X, XIII y XV respectivamente. Para un estudio más detallado de estas disciplinas, *vid.* entre otros: SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Safeguards, Subsidies, and Government Procurement", op. cit.; MARCONINI, M., "Emergency Safeguard Measures in the GATS: Beyond Feasible and

las cuales no se alcanzó un acuerdo sustantivo durante las negociaciones de la Ronda Uruguay sobre el AGCS, por lo se acordó continuar con la negociación sobre su contenido. Durante las negociaciones de la Ronda de Doha, en el marco del Grupo de Trabajo sobre Normas del AGCS se han celebrado debates sobre estos temas, pero el conjunto de los Miembros parece no estar convencido de la necesidad de elaborar disciplinas adicionales a las que existen actualmente en el marco del AGCS. Los debates siguen siendo esencialmente de carácter conceptual y no se han realizado aún borradores de textos⁴⁴⁴.

Las medidas de salvaguardia urgentes se definen como acciones temporales que modifican o suspenden los compromisos específicos del AGCS, a fin de salvaguardar temporalmente la industria doméstica de los posibles daños causados por éstos⁴⁴⁵. Esta idea de imponer medidas de salvaguardia fue tomada del art. XIX del GATT y es defendida especialmente por varios PED⁴⁴⁶. El art. X contiene el mandato para las negociaciones sobre las medidas de salvaguardia urgentes (no discriminatorias). Sin embargo, a pesar de que se dio un plazo de tres años desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC para que las nuevas disciplinas tengan efecto, hasta la fecha no hay resultados. Uno de los principales problemas es llegar a un acuerdo sobre la necesidad del mecanismo y alcanzar un mecanismo que sea deseable y posible de aplicar a todos los sectores de servicios⁴⁴⁷. Esto está vinculado, según SAUVÉ y MATTOO⁴⁴⁸, con la complejidad técnica y las

Desirable", UNCTAD, UNCTAD/DITC/TNCD/2005/4, 16 March, 2005; LEE, Y.-S., *Safeguard Measures in World Trade – The Legal Analysis*, *op. cit.*; ADLUNG, R., "Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services: a Never-ending Story?", *op. cit.*; PIEROLA, F., "A safeguards regime for services", *op. cit.*; PORETTI, P., "Waiting for Godot: Subsidy disciplines in services trade", *op. cit.*; SHAHID, Y., "Emergency safeguard; WTO and the feasibility of emergency safeguard measures under the general agreement on trade in services", *op. cit.*

⁴⁴⁴ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/21, 14 de abril 2011, p. 1; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2012)*, Doc. S/WPGR/23, 29 de noviembre 2012, p. 1.

⁴⁴⁵ Según SAUVÉ, "... 'safeguards' is used to describe a mechanism that can be invoked by governments, under specified conditions, to impose or increase protection in order to relieve, on a temporary basis, difficulties or pressures that have arisen as a result of liberalization commitments and obligations undertaken in trade agreements." Vid. SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Safeguards, Subsidies, and Government Procurement", *op. cit.*, p. 326.

⁴⁴⁶ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Documento conceptual: Elementos de un posible proyecto acordado de normas sobre medidas de salvaguardia urgentes para el comercio de servicios (artículo X del AGCS)*, Comunicación de la ASEAN, Doc. S/WPGR/W/30, 14 de marzo 2000; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de Brunei Darussalam, Filipinas, Indonesia, Malasia, Myanmar y Tailandia*, Doc. JOB(04)/175, 24 de noviembre 2004; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de Chile; Hong Kong, China; México; el Perú y Suiza - Propuesta de definición provisional de las subvenciones en el sector de los servicios*, Doc. JOB(05)/96, 9 de junio 2005

⁴⁴⁶ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Documento conceptual: Elementos de un posible proyecto acordado de normas sobre medidas de salvaguardia urgentes para el comercio de servicios (artículo X del AGCS)*, Doc. S/WPGR/W/30, 2000, *cit.*

⁴⁴⁷ Vid. MATTOO, A., "Developing Countries in the New Round of GATS Negotiations: Towards a Pro-Active Role", *op. cit.*, p. 476; SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftovers", *op. cit.*, p. 314 ss.; WTO, WORKING PARTY ON GATS Rules, Summary of Main Views

sensibilidades políticas a nivel regional que se deben hacer frente a nivel multilateral. Una propuesta interesante de la doctrina, desde el punto de vista de los proponentes de nuevas normas de salvaguardia en servicios, es buscar una alternativa al modelo de salvaguardias en bienes, como puede ser la creación de un mecanismo similar que el del art. XXI del AGCS sobre modificación de las listas de compromisos, lo que simplificaría la modificación o retirada de compromisos, permitiendo una compensación que podría incluso aplicarse retroactivamente a la fecha de establecimiento del mecanismo de salvaguardias⁴⁴⁹. En efecto, la creación de un mecanismo de salvaguardias urgentes en servicios ha sido considerada por la UNCTAD como una cuestión pendiente, relevante para el desarrollo⁴⁵⁰. En ese mismo sentido, SAUVÉ considera que varios PED podrían haber asumido compromisos en la Ronda Uruguay en el entendido de que eventualmente se crearía un mecanismo de salvaguardias urgentes⁴⁵¹.

Respecto a las subvenciones, si bien el AGCS reconoce sus posibles efectos negativos al CIS, no contiene disciplinas específicas sobre su aplicación, en tanto que las subvenciones no están excluidas del alcance de las disposiciones del AGCS⁴⁵², ya que los subsidios constituyen una forma de medida que afecta al AGCS⁴⁵³. Por ende, como señala PORETTI y tal como se desprende de las *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos*⁴⁵⁴, y en tanto que no hay una disposición que establezca (“*carve out*”) las obligaciones del AGCS que se aplican a los subsidios, como es el caso del art. XVII sobre TN y el art. II sobre trato de NMF⁴⁵⁵.

Sin embargo, otros autores como MAVROIDIS refuerzan la idea que la única obligación que se deriva del art. XV es la de consulta con otros Miembros y el mandato de negociar disciplinas⁴⁵⁶.

Expressed by Members on Emergency Safeguard Measures Note by the Secretariat JOB (06)/165, 2 June 2006.

⁴⁴⁸ Vid. MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Looking Ahead", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation and Services Trade Liberalization*, Oxford University Press and World Bank 2003, pp. 221-230.

⁴⁴⁹ Vid. PIEROLA, F., "A safeguards regime for services", *op. cit.*, p. 460.

⁴⁵⁰ Vid. UNCTAD Y DIVISION ON INTERNATIONAL TRADE IN GOODS AND SERVICES, A. C., "Globalization for Development: the international trade perspective", United Nations, New York, Geneva, 2008, p. 42.

⁴⁵¹ Vid. SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftovers", *op. cit.*, p. 314.

⁴⁵² A diferencia del art. III:8 b del GATT que excluye los subsidios de la producción del alcance de la disposición sobre trato nacional.

⁴⁵³ Vid. PORETTI, P., "Waiting for Godot: Subsidy disciplines in services trade", *op. cit.*, p. 467.

⁴⁵⁴ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*, párr. 15.

⁴⁵⁵ Sin embargo la extensión de la aplicación de estas disciplinas es limitada. Vid. PORETTI, P., "Article XV GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 349-366, en p. 361-363.

⁴⁵⁶ Vid. MAVROIDIS, P. C., BERMANN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis*, *op. cit.*, p. 867.

La interpretación y contextual del art. XV conlleva a concluir que los Miembros decidieron no establecer ninguna obligación respecto de los subsidios, y el documento de la Secretaría de Directrices para la Consignación en Listas de los Compromisos ha creado confusión en este sentido. Sin embargo, como reconoce MAVROIDIS, esta discusión en la práctica tiene un efecto limitado, ya que muchos países han realizado compromisos en relación al art. XVII, excluyendo a los subsidios de su alcance.

El objetivo del mandato de las negociaciones sobre subvenciones señalado en el art. XV es elaborar disciplinas a fin de evitar sus efectos distorsionadores, para lo cual se tomará en cuenta la posibilidad de establecer procedimientos compensatorios. Adicionalmente, el Miembro que se considere afectado puede solicitar la celebración de consultas al respecto con el Miembro que realice una determinada subvención⁴⁵⁷. De conformidad con un reciente informe, los Miembros no han podido ponerse de acuerdo en cuanto a si el Grupo de Trabajo tendría que identificar primero las pruebas concretas de los efectos de distorsión del comercio que tienen las subvenciones en servicios, antes de entablar negociaciones⁴⁵⁸. Dos de los principales aspectos aún en debate se refieren al concepto de subvenciones a la exportación de servicios y la evidencia de las distorsiones comerciales que causan los subsidios⁴⁵⁹. Para la determinación del concepto se está tomando como punto de partida el art. I del Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias⁴⁶⁰.

Los Miembros consideran en general que es necesaria una mayor labor conceptual para poder comprender mejor la forma en que se conceden las subvenciones y los efectos que éstas pudieran tener en el comercio de servicios⁴⁶¹. El art. XV también señala en el marco de las negociaciones la

⁴⁵⁷ Vid. Art. XV:2.

⁴⁵⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2012)*, Doc. S/WPGR/23, 2012, cit., p. 2.

⁴⁵⁹ Vid. PORETTI, P., *The regulation of subsidies within the General Agreement on Trade in Services of the WTO: problems and prospects*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands; Frederick, MD, Kluwer Law International 2009, p. 22.

⁴⁶⁰ El art. 1 del Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias define las subvenciones como “una contribución financiera de un gobierno o de un organismo público con la que se otorga un beneficio a sus receptores”. En el 2010, sobre la base de una propuesta de la delegación de Suiza en relación con las disciplinas sobre subvenciones a la exportación (JOB/SERV/36), se debatió el concepto de subvenciones a la exportación de servicios y sus posibles distorsiones. La delegación de los Estados Unidos presentó una serie de preguntas para que los Miembros identificaran posibles efectos de distorsión del comercio de servicios, prestando especial atención a preocupaciones comerciales prácticas (S/WPGR/W/59). Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Disciplinas sobre subvenciones de conformidad con el artículo XV del AGCS*, Doc. JOB/SERV/36, 2 de diciembre 2010; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Artículo XV del AGCS (Subvenciones): Preguntas formuladas por los Estados Unidos a los Miembros*, Comunicación de los Estados Unidos, Doc. S/WPGR/W/59, 28 de mayo 2010.

⁴⁶¹ Estas consideraciones se hicieron en referencia a la Nota de antecedentes de la Secretaría del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS, Doc. S/WPGR/W/25/Add.6. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Subvenciones para los sectores de servicios – Información contenida en la documentación de los exámenes de las políticas comerciales de la OMC*, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría – Addendum, Doc. S/WPGR/W/25/Add.6, 18 de marzo 2013; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE

obligación de intercambio de información sobre los subsidios, sin embargo, la falta de definición de “subvención” ha servido de excusa para incumplir con esta obligación, lo que a la vez ha impedido avanzar en las negociaciones⁴⁶².

Cabe mencionar que desde que se empezó a ejecutar el Programa de trabajo para el intercambio de información sobre subvenciones del 2010 parece haber habido un pequeño avance en este sentido⁴⁶³.

También existe en este artículo el reconocimiento de las subvenciones en el desarrollo de los PED y se tendrán en cuenta los intereses de los PED en las negociaciones sobre subvenciones⁴⁶⁴. Sin embargo, las expectativas de lograr disciplinas en las negociaciones actuales son pocas, si se considera la falta de propuestas relevantes, posiblemente derivado de la sensibilidad de los sectores de servicios involucrados⁴⁶⁵.

El art. XIII sobre Contratación pública⁴⁶⁶ da la posibilidad de que las medidas (leyes, reglamentos o prescripciones) que rijan la contratación por órganos gubernamentales de servicios para fines oficiales no estén regidas por las disposiciones del AGCS sobre trato de NMF, el AM y el TN⁴⁶⁷. El resto de obligaciones generales se deben aplicar, como las disciplinas sobre transparencia y reglamentación nacional. Este artículo también dispone que se debe negociar un acuerdo multilateral sobre contratación pública en servicios dentro de los dos años de la entrada en vigor del AGCS⁴⁶⁸, sin embargo hasta la fecha no hay ningún resultado visible en este sentido. Parece que se ha llegado a un acuerdo en el desarrollo de las negociaciones de negociar primero

LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2013)*, Doc. S/WPGR/24, 29 de octubre 2013, p. 1.

⁴⁶² Vid. PORETTI, P., "Article XV GATS", *op. cit.*, p. 352–353.

⁴⁶³ Se han recibido 18 notificaciones, correspondientes a 44 Miembros de la OMC. Sin embargo, las comunicaciones recibidas varían mucho en cuanto al grado de detalle, y es necesario que más Miembros se sumen a este intercambio de información. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/21, 2011, *cit.*, párr. 10.

⁴⁶⁴ Ver el apartado de este capítulo sobre Trato Especial y Diferenciados en el AGCS, respecto a otras disposiciones del AGCS.

⁴⁶⁵ Vid. MAVROIDIS, P. C., BERMANN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis*, *op. cit.*, p. 867.

⁴⁶⁶ Para un estudio del contenido del art. XIII, *vid.* ZACHARIAS, D., "Article XIII GATS", *op. cit.*, p. 278–286; ARROWSMITH, S., *Government procurement in the WTO*, Kluwer Law, 2003, pp. 78–85.

⁴⁶⁷ En el sector de los servicios financieros se han creado disciplinas que establecen que los Miembros deberán cumplir con estas obligaciones. El entendimiento en Servicios Financieros, Sección B2 establece: “No obstante lo dispuesto en el art. XIII del Acuerdo, cada Miembro se asegurará de que se otorgue a los proveedores de servicios financieros de cualquier otro Miembro establecidos en su territorios el trato de la NMF y el TN en lo que respecta a la compra o adquisición en su territorio de servicios financieros por sus entidades públicas”

⁴⁶⁸ Cabe señalar que los servicios de construcciones son tratados bajo el Acuerdo de Contratación Pública plurilateral de 1996 (que originalmente cubría solamente bienes).

disciplinas horizontales y en aplicar el principio de transparencia en la valoración de las convocatorias y concursos públicos⁴⁶⁹.

En general parece que hay una falta de interés por parte de los Miembros más grandes de llegar a acuerdos en ese sentido, en tanto algunos propusieron que el Acuerdo cubra tanto bienes como servicios, también está por definirse si el resultado final es un acuerdo de carácter multilateral o más bien plurilateral⁴⁷⁰.

b. Excepciones generales y relativas a la seguridad

El art. XIV y XIV bis contiene excepciones generales a las obligaciones y compromisos específicos del AGCS, las cuales han seguido en gran medida el modelo de los arts. XX y XXI del GATT⁴⁷¹. El art. XIV constituye el marco de requisitos comunes que deben cumplir los Miembros para apartarse de las obligaciones del AGCS. De esta manera, se permite a los Miembros hacer frente a sus objetivos nacionales, perseguidos de conformidad con su legislación nacional y opciones de política pública, relacionados también con sus valores y preferencias sociales. En este sentido, las medidas de excepción pueden variar significativamente entre los diferentes Miembros⁴⁷².

El *chapeau* de esta disposición establece como condición general que las medidas que sean objeto de excepción no deben aplicarse de manera que constituyan un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre los países donde prevalecen condiciones semejantes, o una restricción encubierta al CIS. De acuerdo con el Órgano de Apelación, en el caso *EEUU – Juegos de azar*, estos requisitos emanan del principio de buena fe, reconocido por el DIP, y tienen como objetivo prevenir cualquier mal uso o abuso de las disposiciones de excepción. Se busca un equilibrio entre el derecho de los Miembros de invocar una justificación y su deber de respetar las obligaciones asumidas en virtud del AGCS⁴⁷³. En el marco del GATT, el Órgano de Apelación en

⁴⁶⁹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 25 de febrero de 2003*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/41, 12 de marzo 2003, sección B, párr. 31–32.

⁴⁷⁰ Vid. MAVROIDIS, P. C., BERMANN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis, op. cit.*, pp. 869–870.

⁴⁷¹ El art. XVI no contiene disciplinas referidas a aspectos específicos de las mercancías a los que se refiere el art. XX como la importación o exportación de oro o plata, los elaborados como parte del trabajo de presos, tesoros nacionales, entre otros.

⁴⁷² Vid. COTTIER, T., DELIMATIS, P. Y DIEBOLD, N. F., "Article XIV GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 287-328, en p. 290.

⁴⁷³ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6575. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, (Estados Unidos — Camarones), Doc. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párr. 156–158; PANIZZON, M., *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO: The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement*, Hart Publishing, 2006, p. 51 ss.; KRAJEWSKI, M.,

la disputa *EEUU – Camarones* ha establecido que son tres los elementos que deben cumplirse para que se configure una medida discriminatoria en términos del *chapeau*⁴⁷⁴: la aplicación de la medida debe resultar en discriminación; la discriminación debe ser de carácter arbitrario o injustificable; y la discriminación debe ocurrir entre países en los que prevalecen las mismas condiciones⁴⁷⁵.

Cabe resaltar que la condición del *chapeau* hace referencia a la aplicación de la medida y no a la medida en sí, que puede en sí misma ser una obligación invocable. Se trataría de una aplicación razonable a fin de que no se frustren o anulen las obligaciones jurídicas asumidas (en este caso en virtud del AGCS)⁴⁷⁶. Por ende, “la naturaleza y calidad de esta discriminación es diferente que la que se daría en el caso de una violación sustantiva” del Acuerdo⁴⁷⁷. Por lo que es el demandado quien debe demostrar que la medida es aplicada de una manera “consistente” entre servicios y proveedores de servicios extranjeros⁴⁷⁸. Para que se configure la discriminación del *chapeau*, el Órgano de Apelación en la disputa *EEUU – Juegos de azar* señaló que requiere que los Miembros actúen de una manera consistente a través de diferentes situaciones (comparables entre sí). El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con las conclusiones del Grupo Especial en el sentido que el trato era discriminatorio y violaba los requisitos del art. XIV⁴⁷⁹. Sin embargo, aclaró que el reclamante, a fin de establecer el trato discriminatorio, debe mostrar evidencia de “*pautas* con las que se aplica la ley,” y “razones de los casos particulares en que no se la aplica” en tanto los “casos aislados en que se impone el cumplimiento de una ley”, de forma diferencial. Según MAVROIDIS,

National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁷⁴ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, Doc. WT/DS58/AB/R, *cit.*, párr. 150.

⁴⁷⁵ El Órgano de Apelación también dejó claro que al referirse a “países en los que prevalecen las mismas condiciones”, el art. XX se refiere no solo a casos de discriminación entre diferentes países exportadores, sino también entre un país exportador y un país importador. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, (Estados Unidos – Gasolina), Doc. WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996, p. 27.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 26. “[...] el preámbulo del artículo se refiere no tanto a la medida impugnada o a su contenido específico propiamente tal, sino más bien a la manera en que la medida se aplica (...). El preámbulo incorpora el principio de que aunque las excepciones previstas en el artículo XX pueden invocarse como derechos legales, no deben aplicarse de manera que frustren o anulen las obligaciones legales que corresponden al titular del derecho en virtud de las normas sustantivas del Acuerdo General. En otras palabras, para que esas excepciones no se utilicen mal ni se abuse de ellas, las medidas amparadas por las excepciones particulares deben aplicarse de manera razonable, teniendo debidamente en cuenta tanto las obligaciones legales de la parte que invoca la excepción como los derechos legales de las demás partes interesadas”.

⁴⁷⁷ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 351; haciendo referencia al informe del Grupo Especial, Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párrs. 6.578 a 6.581. *Vid.* también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, Doc. WT/DS58/AB/R, *cit.*, párr. 150.

⁴⁷⁸ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párrs. 309–311, 323.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, párr. 348. ss., 351–356.

consecuentemente el estándar de evidencia (*burden of persuasion*) asociado con la carga de la prueba bajo el *chapeau* del art. XIV es bastante exigente⁴⁸⁰.

El art. XIV exceptúa de las disciplinas del AGCS en primer lugar, a las medidas necesarias para proteger la moral o para mantener el orden público⁴⁸¹, así como para la salud o la vida humana, de los animales o de las plantas. Los conceptos de moral y orden público pueden variar en tiempo y en espacio así como entre Miembros, dependiendo de las divergencias entre sistemas o escalas de valores distintas.⁴⁸² Luego de determinar la definición de moral pública y orden público, basada esencialmente en diccionarios, y determinar que existe una diferencia entre estos conceptos, el Grupo Especial en el caso *EEUU – Juegos de azar* estableció que existe un solapamiento, ya que ambos protegen valores similares. Sin embargo, no entró en detalle sobre las diferencias entre uno y otro. Concluyó que la medida en cuestión estaba diseñada para proteger cualquiera, tanto la moral como el orden público; en todo caso en ambos casos debe demostrarse su necesidad⁴⁸³.

Respecto a las medidas necesarias para proteger la salud o la vida humana, de los animales o de las plantas, se ha cuestionado la ausencia de una disposición relacionada directamente con la preservación de los recursos naturales agotables como sí ocurre en el contexto de las mercancías⁴⁸⁴. En tanto que esto limita el alcance de las excepciones del AGCS respecto a la protección del medio ambiente⁴⁸⁵. Tomando en cuenta las negociaciones de la Ronda Uruguay relacionadas con el art. XIV literal b, parece estar bastante claro que el art. XIV incluye las medidas relacionadas con la protección del medio ambiente incluido la protección de la vida de los animales y los recursos⁴⁸⁶. Según algunos autores, la situación sigue sin estar clara respecto a las medidas que protegen recursos naturales agotables como aire, agua y tierra, no relacionadas con alguna preocupación de salud⁴⁸⁷.

⁴⁸⁰ Vid. MAVROIDIS, P. C., BERMANN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis, op. cit.*, p. 876.

⁴⁸¹ Vid. Art. XIV: “a) necesarias para proteger la moral o mantener el orden público; b) necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. La excepción de orden público únicamente podrá invocarse cuando se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad.”

⁴⁸² Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar, Doc. WT/DS285/R, cit.*, párr. 6.461.

⁴⁸³ *Ibid.*, párr. 6.468, 6.469 y ss.

⁴⁸⁴ Vid. Art. XX (g): “medidas relativas a la conservación de recursos naturales agotables”

⁴⁸⁵ Vid. COTTIER, T., DELIMATSIS, P. Y DIEBOLD, N. F., "Article XIV GATS", *op. cit.*, p. 302.

⁴⁸⁶ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE, *Medio Ambiente y Servicios*, Doc. WT/CTE/W/9, 8 de junio 1995, párrs. 5–8. De conformidad con el art. XIV b), incluiría las medidas para la reducción de la contaminación (como en los servicios de transporte o de construcción) que aboga por una interpretación amplia. Vid. también KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, op. cit.*, p. 160.

⁴⁸⁷ Vid. COTTIER, T., DELIMATSIS, P. Y DIEBOLD, N. F., "Article XIV GATS", *op. cit.*, p. 302; MACMILLAN, F., "Trade in environmental services", en MACMILLAN, F. (ed.), *The WTO and the Environment*, Sweet e Maxwell, Thomson Company, 2001, pp. 187-222, en p. 204.

También están exceptuadas las medidas que sean necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos, que no sean incompatibles con las disposiciones del AGCS. Dentro de los objetivos políticos que pueden incluir estas medidas están: la prevención de las prácticas de incumplimiento o fraudulentas de los contratos de servicios, la protección de la intimidad de los particulares y la seguridad⁴⁸⁸.

Se requiere que se trate de una medida que sea “compatible” en sí misma con el AGCS y la efectiva implementación de las obligaciones contenidas en las normas nacionales haga necesario apartarse de las obligaciones del AGCS. El Órgano de Apelación, en el marco del art. XX d) del GATT y en relación a esta excepción, ha requerido que se demuestren dos elementos: 1) que la medida debe estar diseñada para “lograr la observancia de las leyes y regulaciones nacionales, que no sean en sí mismas incompatibles con una disposición del GATT y 2) que la medida sea necesaria para asegurar dicha observancia⁴⁸⁹. Siguiendo este razonamiento en la disputa *EEUU – Juegos de azar* se ha señalado, en primer lugar, que la referencia a “lograr la observancia” significa que las medidas cuya justificación se pretende deben “hacer cumplir” las leyes y los reglamentos pertinentes. Además, la medida a fin de “lograr la observancia” debe enfocarse en hacer cumplir las obligaciones contenidas en las leyes y regulaciones y no limitarse a lograr la obtención de los objetivos de esas leyes o regulaciones⁴⁹⁰. En segundo lugar, la parte invocante debe mostrar que la medida por la que se reclama la justificación “debe lograr la observancia de otras leyes y regulaciones” y que estas otras leyes y regulaciones sean compatibles con el AGCS⁴⁹¹. Según la jurisprudencia del GATT, se debe satisfacer el requerimiento de la compatibilidad de las leyes y

⁴⁸⁸ El inciso c) del Art. XIV exceptúa las medidas “Necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, con inclusión de los relativos a: i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios; ii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales; iii) la seguridad”. Esta enumeración no es taxativa sino inductiva de los objetivos perseguidos con las medidas. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.540.

⁴⁸⁹ *Vid.* Expression of GABA transporter mRNAs in the developing and adult rat optic nerve", *Neuroscience Letters*, vol. 235, pp. 98-100; ARKELL, J., "The General Agreement on Trade in Services: A Review of its Textual Clarity and Consistency", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 27, 2002, pp. 337-348, párr. 665; CHAN-TIBERGIE, J., "Cultural Diversity as Resistance to Neoliberal Globalization: The Emergence of a Global Movement and Convention", *International Review of Education*, vol. 52, 2006, pp. 89-105, párr. 157; Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, (Estados Unidos – Gasolina), Doc. WT/DS2/R, párr. 6.21.

⁴⁹⁰ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.538; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 6.33.

⁴⁹¹ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.536; Expression of GABA transporter mRNAs in the developing and adult rat optic nerve", *op. cit.*, párr., 5.22-23.

regulaciones con el Acuerdo, aunque ésta sea parcial⁴⁹². El OA resaltó que lo que se requiere es que la medida “esté diseñada para lograr la observancia”, y no que la misma “logre la observancia”, de la ley o regulación en cuestión⁴⁹³. En el caso *México – Impuesto en Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, el OA al interpretar el término “lograr la observancia” del art. XX d) consideró que una medida no tiene que ser dada para asegurar este resultado con absoluta certeza, señalando que: “una medida está destinada a lograr la observancia, incluso si no puede garantizarse que va a lograr su resultado con absoluta certeza”, por lo que la medida en cuestión se consideró que entraba dentro de la justificación del art. XX d)⁴⁹⁴.

Adicionalmente a estas excepciones, que son muy parecidas a las del art. XX del GATT, otras excepciones generales se han incluido en los siguientes párrafos d) y e) del art. XIV⁴⁹⁵: Se exceptúa a ciertas medidas del TN (art. XVII), siempre que la discriminación que genere la medida en cuestión “tenga por objeto” garantizar la imposición o la recaudación de impuestos derivados de los servicios o proveedores de servicios extranjeros⁴⁹⁶. Esta excepción está relacionada con la aplicación del AGCS respecto a los impuestos, no requiriéndose justificación para aplicarlos, a menos que éstos violen una obligación o compromisos específicos realizados en virtud del AGCS⁴⁹⁷. Algunas medidas incompatibles con el trato de la NMF también están exceptuadas, siempre que las medidas se deriven de las obligaciones de un acuerdo sobre doble tributación o cualquier otro acuerdo internacional que contenga disposiciones relacionadas. El acuerdo debe ser de carácter vinculante⁴⁹⁸. Según FOOTER esta excepción puede ser de poca utilidad, en tanto que la globalización ha llevado a la necesidad de una cooperación regulatoria en tributación, que va más allá del enfoque bilateral⁴⁹⁹.

⁴⁹² Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.539; ARKELL, J., "The General Agreement on Trade in Services: A Review of its Textual Clarity and Consistency", *op. cit.*, párr. 658.

⁴⁹³ Vid. CHAN-TIBERGIEN, J., "Cultural Diversity as Resistance to Neoliberal Globalization: The Emergence of a Global Movement and Convention", *op. cit.*, párr. 157. “En otras palabras, no es necesario que la medida sea cien por ciento efectiva en su búsqueda de asegurar el cumplimiento de la ley o regulación. Basta con que la medida “contribuya” a ese fin”.

⁴⁹⁴ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *México — Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, (*México — Impuestos sobre los refrescos*), Doc. WT/DS308/R, 6 de marzo de 2006, párr. 74.

⁴⁹⁵ En tanto que los objetivos establecidos en los lit. a–c pueden remediar cualquier inconsistencia con el AGCS, las excepciones establecidas en los lit. d y e permiten apartarse de ciertas obligaciones específicas del AGCS como son el TN y el trato de la NMF.

⁴⁹⁶ Vid. Art. XX d): “Incompatibles con el artículo XVII, siempre que la diferencia de trato tenga por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros”.

⁴⁹⁷ Vid. URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *The applicability of the GATS to tax measures*, Note by the Secretariat, Doc. MTN.GNS/W/210, 1 December 1993, p. 1.

⁴⁹⁸ Vid. Art. XX e): “incompatibles con el artículo II, siempre que la diferencia de trato resulte de un acuerdo destinado a evitar la doble imposición o de las disposiciones destinadas a evitar la doble imposición contenidas en cualquier otro acuerdo o convenio internacional que sea vinculante para el Miembro”.

⁴⁹⁹ Vid. FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 844.

En relación a estas excepciones se configurarían diferentes pruebas que deben pasar las medidas en cuestión. Las excepciones permitidas de conformidad con los lit. a), b) y c) requieren de una “prueba de necesidad”⁵⁰⁰ en relación con los objetivos principales de la medida. En tanto que las medidas que caen bajo el lit. d) tienen que “tener por objeto” garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos. Las medidas cubiertas por el lit. e) se refieren a quienes causan un trato menos favorable, siempre que sea “el resultado de” un acuerdo internacional sobre tributación.

En general la aproximación que parecen tomar los órganos resolutorios de la OMC para revisar el cumplimiento de los requisitos del art. XIV es similar (*mutis mutandis*) al adoptado en las disputas relacionadas con el art. XX del GATT, tal como resulta de la revisión de la disputa *EEUU – Juegos de azar*⁵⁰¹, basado en un análisis de dos pasos. Primero la medida nacional debe ser provisionalmente caracterizada bajo de uno de sus apartados, en caso del AGCS del a) al e) del art. XIV. El segundo paso, una vez establecida la justificación preliminar, requiere una apreciación de la medida para asegurar que satisfaga en criterio del *chapeau*⁵⁰². En la reciente disputa *China – Servicios audiovisuales*⁵⁰³, el órgano adjudicatario negó la intención de China de usar el art. XX del GATT.

⁵⁰⁰ El estudio detallado del sentido y de las diferentes aproximaciones de la “prueba de necesidad” se realizará en el capítulo cuarto, al analizar el art. VI:4 sobre reglamentación nacional. En particular, ver la relación con el contexto de la prueba de necesidad del art. XIV del AGCS y art. XX del GATT.

⁵⁰¹ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 292. Ésta es la primera vez que se invoca en el marco de la OMC un motivo de moral pública – orden público. Tras encontrar que EEUU había infringido sus obligaciones derivadas del art. XVI sobre AM, el Grupo Especial entendió que si bien los Miembros tienen un margen de discrecionalidad en materia de moral y orden público, dichas medidas no quedaban amparadas por el art. XIV a), ya que EEUU vulneró el criterio de la necesidad de este apartado, al no negociar con Antigua en relación con esta restricción. El OA consideró por el contrario que las medidas de EEUU sí reunían los requisitos del art. XIV a) del AGCS, si bien no superaban los criterios establecidos en el preámbulo del mismo art. XIV del AGCS, que condenan la discriminación injustificable o arbitraria, al menos en lo que se refería a una de las medidas nacionales. *Vid.* SEGURA SERRANO, A., “El comercio internacional de servicios”, *op. cit.*, p. 155.

⁵⁰² Ver en el contexto del GATT el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, Doc. WT/DS58/AB/R, *cit.*, párr. 119–155: “Para que a la medida de que se trate pueda hacerse extensiva la protección del artículo XX que la justifique, dicha medida no sólo debe estar comprendida en el ámbito de una u otra de las excepciones particulares –párrafos a) a j)– recogidas en el artículo XX; debe además satisfacer las prescripciones exigidas por las cláusulas iniciales del artículo XX. En otras palabras, el análisis es doble: primero, la justificación provisional de la medida por su carácter de medida comprendida en el apartado g) del artículo XX; segundo, la nueva evaluación de la misma medida a la luz de las cláusulas introductorias del artículo XX.”, *vid.* FERNÁNDEZ PONS, X. Y LAVOPA, F., “Comentarios a los principales artículos del GATT de 1994”, *op. cit.*, p. 6; COTTIER, T., DELIMATIS, P. Y DIEBOLD, N. F., “Article XIV GATS”, *op. cit.*, p. 295; Informe del Grupo Especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, Doc. WT/DS363/R, *cit.*, párr. 7.759, 7.763.

⁵⁰³ En este caso, se alegó que China había, entre otros, violado sus compromisos de AM de conformidad al art. XVI o sus compromisos de TN de conformidad al art. XVII del AGCS.

El art. XIV bis establece una excepción para las medidas tomadas para la “protección de los intereses esenciales de seguridad” y para todas las acciones relevantes⁵⁰⁴ en el sentido que el Miembro no está en la obligación de suministrar información que considera contraria a sus intereses de seguridad⁵⁰⁵. Esta disposición se basa en un criterio subjetivo sobre cualquier medida que un Miembro considere que protege sus intereses esenciales de seguridad⁵⁰⁶. El art. III bis configura también una excepción general a las obligaciones del AGCS, ya que señala que ningún Miembro es requerido a dar información que sea contraria a sus intereses públicos. Podría argumentarse que los “intereses esenciales de seguridad” constituyen un subconjunto del concepto amplio de interés público. El art. IV implica un más amplio margen de discreción y es diferente que la información cualificada del art. III b) solamente sujeta a la prohibición de abuso de derechos⁵⁰⁷.

También señala el art. XIV bis que ninguna disposición del AGCS impedirá la adopción de medidas necesarias para la protección de su seguridad. Estas medidas se refieren a las relativas al suministro de servicios destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas; las relativas a las materias fisiónables o fusionables o a aquellas que sirvan para su fabricación; y a las *medidas aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional*⁵⁰⁸. Las áreas de las medidas que tienen como objetivo la protección de su seguridad nacional son apuntadas en el AGCS taxativamente y selectivamente, limitando así el concepto de seguridad. Se ha comentado que el ámbito de una de estas áreas, a decir, “las medidas aplicadas en caso de grave tensión internacional” ha quedado escasamente limitado, creándose un cajón de sastre del cual podrían desprenderse disputas entre los Miembros⁵⁰⁹.

La excepción comprende también las medidas nacionales adoptadas en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales⁵¹⁰.

Finalmente, existe la obligación de transparencia, de informar al CCS “en la mayor medida posible”, de la adopción y terminación de medidas de los Miembros sobre seguridad referidas en este art. XIV bis.

⁵⁰⁴ Disposición virtualmente idéntica al art. XXI del GATT y semejante al art. 73 del Acuerdo ADPIC.

⁵⁰⁵ *Vid.* art. XIV bis:1 a).

⁵⁰⁶ *Vid.* COTTIER, T., DELIMATSIS, P. Y DIEBOLD, N. F., "Article XIV GATS", *op. cit.*, p. 337.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 342.

⁵⁰⁸ *Vid.* art. XIV bis:1 b).

⁵⁰⁹ Cabe apuntar también que la versión inglesa hace referencia a “*other emergency in international relations*”, cuya interpretación puede incluso ser más amplia y conflictiva que la versión en castellano del AGCS.

⁵¹⁰ *Vid.* Art. XIV bis:1 c). Se refiere a las medidas adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU, art. 39.51, de conformidad con el art. 103 del Acuerdo de la OMC que establece que el Acuerdo prevalece respecto de cualquier otra obligación de otros acuerdos internacionales.

Cabe recordar que, además de estas excepciones generales y de seguridad comentadas en este apartado, el AGCS contiene otras clases de excepciones, que permiten restringir el CIS en situaciones particulares, como las excepciones de Integración Regional del art. V y las excepciones relacionadas con las dificultades de la Balanza de Pagos del XII del AGCS (ya revisadas en el análisis del respectivo artículo del AGCS).

2. Las Obligaciones Específicas del AGCS

Las llamadas obligaciones específicas contempladas en el articulado del AGCS son las de Acceso al Mercado (AM) y Trato Nacional (TN) y éstas constituyen las principales herramientas de liberalización del AGCS. En el marco del AGCS, la Parte III, titulada “Compromisos Específicos”, se ocupa de establecer el marco para limitar las principales barreras al comercio de servicios y establecer los mecanismos para listar los compromisos específicos en ellos.

De esta forma, los arts. XVI, XVII y XVIII establecen disposiciones relacionadas con el acceso al comercio de servicios y tienen por objeto limitar el uso de restricciones cuantitativas en la prestación de servicios (art. XVI), la adopción o mantenimiento de medidas discriminatorias contra los proveedores extranjeros (arts. XVI y XVII) y permitir que los Miembros asuman compromisos respecto a otros tipos de restricciones, mediante los llamados compromisos adicionales (art. XVIII). La consignación en las listas de los compromisos específicos, la realizan los Miembros de acuerdo a sus intereses comerciales específicos. El nivel de liberalización y el alcance sectorial de los compromisos depende también de cada Miembro; estos compromisos se realizan de conformidad con las especificaciones para las listas de *compromisos específicos*.

a. Acceso al Mercado

Como pasa con el comercio de mercancías, el comercio de servicios está también a menudo sujeto a restricciones. A diferencia del comercio de mercancías, sin embargo, las medidas restrictivas del comercio en la frontera son muy poco significativas para el CIS. Los obstáculos al comercio de servicios son principalmente el resultado de la gran cantidad de reglamentaciones nacionales al consumo, producción y comercialización de los servicios. El AGCS en particular prevé reglas y disciplinas sobre obstáculos al comercio de servicios. Debe hacerse una distinción entre las barreras de AM y otras barreras al comercio de servicios.

El objeto de la obligación de AM en el AGCS es ocuparse principalmente de restricciones cuantitativas, eso se debe a que muchas barreras de servicios presentan normalmente las características de “cuotas”⁵¹¹. Como hemos visto, las restricciones usadas en servicios son

⁵¹¹ Vid. FRANCOIS, J. Y WOOTON, I., "Market structure, trade liberalization and the GATS", *European Journal of Political Economy*, vol. 17, 2001, pp. 389-402, p. 395; DELIMATSI, P. Y MOLINUEVO, M., "Article

generalmente no arancelarias, ya sean cuantitativas u otras, relacionadas con falta de transparencia, la administración no razonable, ni objetiva e imparcial de la medida, falta de debido proceso o de manera más general las vinculadas con la regulación de sus mercados⁵¹².

La obligación de AM en el AGCS no implica que los Miembros tengan la obligación general de permitir el acceso ilimitado a sus mercados nacionales de servicios⁵¹³. Dicha obligación está sujeta a las limitaciones que puede imponer cada uno de los Miembros en los listados de compromisos, que son específicos para cada sector y modo de suministro⁵¹⁴. El otorgar el AM solamente de conformidad con los compromisos específicos realizados implica para algunos autores una victoria – por lo menos parcial – de los PED sobre los países desarrollados o industrializados⁵¹⁵. La estructura que se adoptó en el AGCS está basada, especialmente, en un enfoque de listas positivas que es el resultado del esfuerzo de los PED en las negociaciones de la Ronda Uruguay. Como recuerda SEGURA, el acceso efectivo al mercado está relacionado con la reducción de las barreras no arancelarias⁵¹⁶; especialmente con las barreras regulatorias y barreras regulatorias no discriminatorias. Pero dado que es muy difícil alcanzar un acuerdo sobre un marco multilateral complejo al respecto, el contenido de la obligación sobre AM en el AGCS se limita de conformidad con el art. XVI:1⁵¹⁷ a estipular la obligación de otorgar un “trato no menos favorable” de conformidad con lo previsto en sus listas y a establecer una relación de medidas que los Miembros no podrán adoptar ni mantener en el sector o sectores en los que se contraiga el compromiso de AM.

El art. XVI:1, de conformidad con lo señalado por el Grupo Especial en el caso *EEUU – Juegos de azar*, contiene una expresión específica del principio NMF del art. II del AGCS, en tanto establece que los compromisos específicos contraídos por los Miembros se apliquen sobre un base no discriminatoria⁵¹⁸.

XVI GATS ", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 367-395, p. 371.

⁵¹² Vid. DELIMATIS, P. Y MOLINUEVO, M., "Article XVI GATS ", *op. cit.*, p. 371.

⁵¹³ Vid. MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, *op. cit.*

⁵¹⁴ Las disposiciones relevantes sobre el contenido y administración de los listados de compromisos específicos se incluyen en la parte IV del AGCS (art. XIX–XXI del AGCS).

⁵¹⁵ Vid. entre otros HOEKMAN, B., "The GATS and Developing Countries: Why Such Limited Traction?", en CHANTAL, T. Y TRACHTMAN, J. P. (eds.), *Developing Countries in the WTO Legal System*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 437-455, en p. 438; MUKERJI, A., "Developing Countries and the WTO", *Journal of World Trade*, vol. 34, no. 6, 2000, pp. 33-74, en p. 58.

⁵¹⁶ Vid. SEGURA SERRANO, A., "El comercio internacional de servicios", *op. cit.*, p. 157.

⁵¹⁷ El art. XVI:1 establece la prohibición de dar un trato menos favorable a los servicios y a los proveedores de servicios de los demás Miembros, que el que otorgue un Miembro de conformidad con los términos, limitaciones y condiciones del Listado de Compromisos.

⁵¹⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.265.

El art. XVI:2 señala aquellas medidas restrictivas que los Miembros no pueden adoptar o mantener en los sectores positivamente incluidas en sus listas y que solamente pueden mantenerse en tanto que se especifiquen en su propio listado de compromisos. Las restricciones señaladas se refieren a⁵¹⁹:

- a) el número de proveedores de servicios;
- b) el valor de los activos o transacciones de servicios;
- c) el número de operaciones de servicios o cuantía de la producción;
- d) el número de personas físicas que suministran un servicio;
- e) el tipo de persona jurídica o de empresa conjunta y
- f) la participación de capital extranjero.

La lista de medidas del art. XVI:2 constituye una relación exhaustiva de las barreras de AM, *esencialmente de naturaleza cuantitativa*, que no están permitidas de conformidad con el AGCS, a menos que los listados de los Miembros indiquen expresamente que harán uso de ellas⁵²⁰.

Sobre la naturaleza de las limitaciones, únicamente no es de naturaleza cuantitativa la limitación relacionada con las medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio⁵²¹. Cuatro de las limitaciones cuantitativas son de tipo contingente o “*quota type*”

⁵¹⁹ El art. XVI:2 dispone: “En los sectores en que se contraigan compromisos de acceso a los mercados, las medidas que ningún Miembro mantendrá ni adoptará, ya sea sobre la base de una subdivisión regional o de la totalidad de su territorio, a menos que en su Lista se especifique lo contrario, se definen del modo siguiente: a) limitaciones al número de proveedores de servicios, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas; b) limitaciones al valor total de los activos o transacciones de servicios en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas; c) limitaciones al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios, expresadas en unidades numéricas designadas, en forma de contingentes o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas; d) limitaciones al número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas; e) medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio; y f) limitaciones a la participación de capital extranjero expresadas como límite porcentual máximo a la tenencia de acciones por extranjeros o como valor total de las inversiones”.

⁵²⁰ Según explica MAVROIDIS, las selección de esta lista de limitaciones al CIS fue hecha con un afán liberalizador en las negociaciones de la RU, y tomando en cuenta las medidas que más frecuentemente constituían obstáculos al CIS. *Vid.* MAVROIDIS, P. C., BERMAN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis, op. cit.*, p. 820.

⁵²¹ *Vid.* art. XVI:2(e). Esta distinción sobre la naturaleza cuantitativa o no de las medidas puede no estar tan clara. Esta investigación se basa en la clasificación de las limitaciones del art. VI realizada por VAN DEN BOSSCHE, DELIMATSI, MOLINUEVO entre otros, en ella se incluye como una limitación cuantitativa las limitaciones a la participación de capital (art. XVI:2 f). Sin embargo ADLUNG y MATTOO solamente consideran como limitaciones cuantitativas las de los párrs. a), b), c) y d) del art. XVI:2. *Vid.* VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials, op. cit.*, p. 503. DELIMATSI, P. Y MOLINUEVO, M., "Article XVI GATS ", *op. cit.*, p. 374; ADLUNG, R. Y MATTOO, A., "The GATS", *op. cit.*, p. 57.

respecto del número de servicios, el valor de las transacciones o activos de servicios; limitaciones al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios; el número de operaciones o cuantía de la producción de servicios; y el número de personas naturales físicas. Las limitaciones pueden ser expresadas numéricamente también en forma de prueba de necesidad, en este caso los Miembros deben especificar los criterios de aprobación que han sido aplicados en esas pruebas.

El tipo de medidas del art. XVII 2, lit. a) – d) no distingue entre restricciones que afectan solo a los servicios o proveedores de servicios extranjeros y las que se aplican también a los nacionales. En este sentido, esta disposición cubre medidas discriminatorias y no discriminatorias⁵²². Las otras dos limitaciones, las que restrinjan el tipo de persona jurídica o de empresa conjunta que puede suministrar el servicio y las que limitan en la participación de capital extranjero, son discriminatorias por naturaleza. Ya que estas dos últimas restricciones sólo se aplican a los proveedores extranjeros de servicios, constituyen también limitaciones al Trato Nacional. De esta forma el criterio de AM en servicios va más allá de la noción de acceso para proveedores de servicios extranjeros; incluye políticas que restringen el AM incluso de forma no discriminatoria⁵²³.

⁵²² Existe una discusión tanto en las negociaciones como en la doctrina sobre el límite e interrelación que existe entre el art. XVI y XVII, ya que todas las limitaciones discriminatorias del art. XVI estarían dentro del alcance también del art. XVII. A efectos de los listados de compromisos, el art. XX:2 establece que las limitaciones cuantitativas que se enmarcan en las características del art. XVI se listan en la columna de AM. En la columna de TN se listan las limitaciones sobre medidas discriminatorias que no se refieren a las señaladas en el art. XVI:2. Sin embargo, no está suficientemente claro cómo es que se asumen compromisos sólo en acceso al mercado o en trato nacional.

⁵²³ Esta es la perspectiva de la mayoría de la doctrina y según se entiende de varios documentos de la negociación de la RU de Servicios. *Vid.* entre otros: MATTOO, A., "MFN and the GATS", *op. cit.*; KRAJEWSKI, M., "Playing by the Rules of the Game?", *Legal issues of economic integration*, vol. 32, 2005, pp. 417-447; PAUWELYN, J., "Rien ne va plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS", *World Trade Review*, vol. 4, no. 2, 2005, pp. 131-170; DELIMATIS, P., "Don't Gamble with GATS - The Interaction between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the US - Gambling Case", *Journal of World Trade*, no. 40, 2006, pp. 1059-1080; ORTINO, F., "Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US - Gambling: A Critique", *Journal of International Economic Law*, vol. 9, no. 1, 2006, pp. 117-148; DELIMATIS, P. Y MOLINUEVO, M., "Article XVI GATS", *op. cit.*, p. 371. Ver también los documentos RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, *Consignación en listas de los Compromisos Iniciales en la esfera Comercio de Servicios. Nota explicativa*, Doc. MTN.GNS/W/164, 3 de septiembre 1993, párr. 4; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.* Sin embargo, según MAVROIDIS el art. XVI cubriría solamente limitaciones sobre acceso al mercado para los proveedores de servicios extranjeros y no para los servicios domésticos. Señaló que los documentos de las negociaciones, en particular la Guía de compromisos de la Secretaría (MTN.GNS/W/164) aceptan que las medidas no discriminatorias caen dentro del alcance del art. XVI del AGCS, pero de la redacción del art. XVI:1 se entiende que el art. XVI se ocupa explícitamente de medidas no discriminatorias. Por ende, discrepa con el OA en el caso *EEUU – Juegos de azar*, que encontró que una medida no discriminatoria puede configurar una violación del art. XVI (en este caso el OA aceptó implícitamente que el art. XVI cubre el acceso al mercado para servicios domésticos y proveedores de servicios extranjeros a la vez). *Vid.* MAVROIDIS, P. C., "Highway XVI re-visited: the road from non-discrimination to market access in GATS", *World Trade Review*, vol. 6, no. 01, 2007, pp. 1-23.

A pesar de la falta de claridad de la disposición, la conclusión se deriva de la interpretación en su conjunto del artículo, y en tanto que el art. XVI:2 complementa el sentido introductorio del art. XVI:1 que no es un “*self standing obligation*”. El art. XVI:1 requiere que la medida en cuestión se refiera al trato a los proveedores extranjeros, pero no requiere necesariamente que exista un trato discriminatorio para los extranjeros. Por lo que medidas no discriminatorias que afecten al trato de los proveedores de servicios extranjeros deben también cumplir con los requerimientos del art. XVI:1. En tanto que el art. XVI:2, que cubre esencialmente medidas cuantitativas, sin especificar que se refieran a nacionales o a extranjeros, en la práctica y visto desde la orientación general del art. XVI:1, el art. XVI:2 regula las medidas discriminatorias que afectan solamente a proveedores de servicios extranjeros y las medidas no discriminatorias que pueden afectar a los proveedores servicios extranjeros y domésticos, en la extensión que afecten a proveedores de servicios extranjeros⁵²⁴.

Cabe señalar que estas restricciones cuantitativas del art. XVI:2 se refieren a limitaciones de “máximos”⁵²⁵, los requisitos mínimos como los asociados a los criterios para el otorgamiento de licencias (por ejemplo, exigencia de un capital mínimo para el establecimiento de una sociedad) no están comprendidos en el ámbito del art. XVI. Si bien es cierto que suele ser comúnmente expresado en términos de restricciones cuantitativas máximas, las entradas en los listados de compromisos deben ser consideradas como una garantía mínima de AM y cada Miembro puede de forma unilateral aceptar compromisos adicionales de liberalización⁵²⁶.

Merece atención particular explicar el alcance de la aplicabilidad del art. XVI:2, el cual está explícitamente limitado a los 6 tipos de restricción allí mencionadas, limitaciones que pueden adoptarse solamente si el Miembro las inscribe en sus listados de compromisos, además solamente pueden consignarse en los listados las medidas comprendidas en esas categorías. En los casos *México – Telecomunicaciones*⁵²⁷ y *EEUU – Juegos de azar*⁵²⁸ los Grupos Especiales confirmaron

⁵²⁴ Vid. DELIMATSI, P. Y MOLINUEVO, M., "Article XVI GATS ", *op. cit.*, p. 391.

⁵²⁵ Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 503; DELIMATSI, P. Y MOLINUEVO, M., "Article XVI GATS ", *op. cit.*, p. 374; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*, párr. 11. Respecto a las limitaciones de los párrs. a)– d).

⁵²⁶ Vid. MATTOO, A., "National Treatment in the GATS: Corner stone or Pandora's Box?", *op. cit.*, p. 110; ADLUNG, R. Y MATTOO, A., "The GATS", *op. cit.*, p. 58.

⁵²⁷ En el caso *México – Telecomunicaciones*, el Grupo Especial señaló que las limitaciones relacionadas con aspectos temporales, como fechas de entrada en vigor o para la implementación de los compromisos, no constituyen una limitación del art. XVI:2, confirmando implícitamente que las limitaciones de AM reguladas por el AGCS son únicamente las del art. XVI:2. Vid. Informe del Grupo Especial, *México – Telecomunicaciones*, Doc. WT/DS204/R, *cit.*, párrs. 7.357–7.358, 7.361, 7.362.

⁵²⁸ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.298 6.298, 6.318. “El sentido corriente de las palabras, el contexto del artículo XVI y el objeto y fin del

que la lista de limitaciones del art. XVI:2 es exhaustiva. Las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y de 2001⁵²⁹ indican también, claramente, que la lista de limitaciones del párrafo 2 del art. XVI es una lista exhaustiva, por tanto, los tipos de medidas enumerados en el segundo párrafo agotan las restricciones del acceso a los mercados prohibidas por el art. XVI, si no se consignan como limitaciones en las listas. En ese sentido, el segundo párrafo complementa el primer párrafo del art. XVI. Sin embargo, la interpretación del Órgano de Apelación en el caso *EEUU – Juegos de azar* rechaza una interpretación estricta del art. XVI, indicando implícitamente que el impulso (*thrust*) del lit. a) del art. XVI:2 no está en la “forma de las limitaciones sino en su naturaleza numérica o cuantitativa” y dando a entender que las medidas, que “*de facto*” funcionan como algunas de las limitaciones de AM enumeradas en el artículo XVI, caen dentro de la prohibición del artículo XVI⁵³⁰. Según ORTINO, el Órgano de Apelación, al afirmar que las limitaciones de AM del art. XVI se extienden más allá de un conjunto de medidas formales para cubrir también las limitaciones de AM *de facto*, parece contradecir el carácter exhaustivo de la lista de limitaciones en el artículo XVI:2⁵³¹.

Así, en principio y siguiendo a ORTINO, el ámbito de aplicación del art. XVI:2 no se extiende a cualquier otra medida, a pesar que desde la perspectiva económica podrían considerarse que afectan también al AM⁵³². Dado que el conjunto de restricciones al CIS no consideradas bajo el marco del art. XVI es amplio, el AGCS, para lidiar en cierta medida con este problema, incorpora

AGCS confirman que las restricciones al acceso a los mercados reguladas por el artículo XVI son únicamente interpretación de los apartados del párrafo 2 del artículo XVI.”

⁵²⁹ Vid. RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, *Consignacion en listas de los Compromisos Iniciales en la esfera Comercio de Servicios. Nota explicativa*, Doc. MTN.GNS/W/164, 1993, *cit.*; RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, *Consignacion en listas de los Compromisos Iniciales en la esfera Comercio de Servicios. Nota explicativa*, Doc. MTN.GNS/W/164/Add.1, 1993, *cit.*. Así como su actualización del 2001: OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*, párr. 8. Estas directrices serán aplicables a partir del momento en que sean adoptadas.

⁵³⁰ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 232.

⁵³¹ Vid. ORTINO, F., "Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US - Gambling: A Critique", *op. cit.*, p. 136–137. ORTINO comenta: “*If the notion of market access limitations (prohibited by Article XVI) is defined on the basis of the potential effect of such limitations, this would make the list of Article XVI:2 an open-ended one, contrary to the Panel’s finding that such a list is in fact of an exhaustive nature*”.

⁵³² Así las medidas fiscales y requisitos sobre tamaño mínimo no son regulados por el art. XVI. Un Miembro puede mantener impuestos altos no discriminatorios en un determinado tipo de servicios a pesar de que los proveedores afectados consideren que actúe como una importante barrera al CIS. Tampoco son considerados limitaciones del art. XVI los requerimientos de capital mínimo o restricciones medioambientales, estándares profesionales y otros tipos de requerimientos (relacionados con la equidad, capacidad, etc.). Por ejemplo, un requisito de capital mínimo de un millón de dólares para la presencia comercial de un empresa de distribución, regulaciones sobre zonas de ubicación para la creación de farmacias o centros comerciales, normas técnicas de salubridad e higiene que deben cumplir los hospitales para su instalación y pruebas de competencia o titulación que deben obtener enfermeras o abogados ante los colegios o ministerios correspondientes.

algunas disciplinas sobre la aplicación de la reglamentación nacional en general, las cuales incluyen prescripciones relacionadas con la transparencia e información adecuada, así como disciplinas que buscan asegurar que todas las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial⁵³³. Es por ello que el art. VI sobre Reglamentación Nacional es relevante para direccionar algunas de estas barreras al CIS⁵³⁴.

Para los PED es importante la flexibilidad reflejada en el art. XVI, ya que no se establece una prohibición general para las barreras de AM, sino que la aplicación de estas barreras dependerá de los compromisos sobre AM que haya realizado en determinado sector o modo y acorde a las limitaciones y condiciones de AM especificada en los compromisos. Como recuerda VAN DEN BOSSCHE al explicar el art. XVI: “*It is accepted that developing-country Members undertake fewer and more limited market access commitments than developed-country Members.*”⁵³⁵

Respecto al análisis del art. XVI consideramos relevante para los PED enfatizar en los siguientes aspectos:

El art. XVI:2 considera explícitamente las formas que pueden adoptar las limitaciones de AM (contingentes, monopolios, proveedores de servicios exclusivos o pruebas de necesidad económica)⁵³⁶, pero tal como señaló el Órgano de Apelación, la aplicación de sus distintos subpárrafos no está determinada por la forma de las limitaciones en cuestión, sino por la naturaleza cuantitativa o numérica de las mismas⁵³⁷, sin importar si se expresa en números o de otra manera, por lo que es muy importante para los PED conocer la naturaleza de las posibles limitaciones que ellos mismo pueden estar realizando en su territorio y las que su CIS pudiera afrontar en el extranjero. Ya sea para evaluar la posibilidad de realizar nuevos compromisos en sectores prioritarios, valorando correctamente el contenido de las limitaciones que puede incorporar, así como para valorar los compromisos realizados por sus socios comerciales.

El art. XVI:2 no contiene indicación sobre los “medios” que debe usar el proveedor de servicios. En el caso *EEUU – Juegos de azar* se confirmó que un Miembro que asume compromisos adicionales de AM para un determinado servicio en un modo de prestación no puede

⁵³³ Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, op. cit., p. 504.

⁵³⁴ Cuestiones que revisaremos con mayor detalle en el capítulo IV, así como la cuestión de la delimitación y distinción entre el art. XVI y VI.

⁵³⁵ Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, op. cit.

⁵³⁶ Vid. DELIMATIS, P. Y MOLINUEVO, M., "Article XVI GATS", op. cit., p. 336.

⁵³⁷ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, cit., párr. 232, 247; DELIMATIS, P., "Don't Gamble with GATS - The Interaction between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the US - Gambling Case", op. cit., p. 1068; ORTINO, F., "Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US - Gambling: A Critique", op. cit., p. 135.

mantener o adoptar medidas que prohíban el uso de uno, varios o todos los medios de prestación del servicio en ese modo, a menos que explícitamente lo consigne en su listado⁵³⁸. Esto está relacionado con la neutralidad técnica del AGCS. Entonces los Miembros que consignan compromisos de AM en sectores o subsectores se comprometen respecto a todos los servicios incluidos en el sector o subsector⁵³⁹.

Cabe resaltar, como hemos mencionado, que el carácter exhaustivo de las limitaciones del art. XVI:2 lleva a que la obligación resultante sobre AM en el AGCS no implique una apertura completa al mercado relevante⁵⁴⁰. Pueden existir otras restricciones resultantes de medidas nacionales, reglamentaciones en sectores específicos como las relacionadas con las titulaciones, licencias, normas técnicas o cuestiones relacionadas con la gestión o administración de las medidas y otras regulaciones nacionales, las que pueden restringir el CIS. Otro elemento a resaltar es que las limitaciones se refieren a las medidas que sean necesarias para el suministro de servicios o que estén directamente relacionadas con él, en caso contrario no estarían cubierto por el art. XVI, y que esta valoración deberá hacerse caso por caso. Los PED deben tomar en cuenta este alcance del art. XVI, el que por un lado refuerza su derecho a regular y por el otro deja de lado posibles restricciones a su exportación de servicios en determinados sectores o modos de prestación de servicios. Esto, a pesar de que los Miembros hubieran consignado en sus listados de AM compromisos plenos (sin limitaciones)⁵⁴¹.

Las limitaciones del art. XVI:2 d) en el número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios, o que un proveedor de servicios pueda emplear⁵⁴², tienen especial relevancia para los PED, en particular por su relación con el suministro de servicios del Modo 4. Este tipo de limitaciones son usadas frecuente con respecto a los trabajadores

⁵³⁸ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.285.

⁵³⁹ *Ibid.*, párr. 6.290.

⁵⁴⁰ Ver nota 8 del art. XVI, las restricciones en el movimiento de capital respecto a los Modos 2 y 4 escapan del alcance del art. XVI. El art. XVIII también confirma que puede haber restricciones en la prestación del servicio que no están sujetas a los listados de los arts. XVII o XVIII. Según OMC, *Directrices para la consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS)*, Adoptadas por el Consejo del Comercio, Doc. S/L/92, 28 de marzo 2001, párr. 19: “Un Miembro puede contraer compromisos en un determinado sector con respecto a medidas que afecten al comercio de servicios pero que no estén sujetas a consignación en las listas en virtud de los artículos XVI o XVII”. Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.311.

⁵⁴¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)*. Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*, párr. 42, 92. En este tipo de compromisos, el Miembro no intenta limitar en modo alguno el AM o TN en un determinado sector y modo de suministro mediante medidas incompatibles con el art. XVI o el art. XVII. El Miembro que se encuentre en esta situación deberá indicar en la columna correspondiente: NINGUNA. No obstante, seguirán siendo aplicables las limitaciones pertinentes enumeradas en la sección de la lista correspondiente a las medidas horizontales.

⁵⁴² Vid. Art. XVI:2 lit. d).

extranjeros (por ejemplo, que la mano de obra extranjera en los servicios de construcción no debe exceder del 20% del total de trabajadores)⁵⁴³. Como esta disposición se aplica sólo a limitaciones máximas, una medida que requiere que una presencia comercial emplee al menos un cierto número de nacionales, no infringiría el art. XVI:2 y parece que sería necesario que se liste bajo el art. XVI.

Los PED deben tener muy presente, al realizar sus compromisos sobre AM, el contenido jurídico del art. XVI:2 f) sobre la limitación a la participación de capital extranjero, ya que podrían realizar limitaciones no afectas al AGCS. En primer lugar, la limitación del art. XVI:2 f) se refiere a medidas discriminatorias, impuestas solamente a la prestación de un servicio realizada mediante la presencia comercial⁵⁴⁴. En segundo lugar, la definición de presencia comercial del AGCS, realizada mediante la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica⁵⁴⁵, es la relevante para determinar la aplicación del art. XVI:2 f). Tercero, la constitución de una persona jurídica de otro Miembro en el caso de suministro de servicios mediante presencia comercial implica que ésta debe ser de propiedad o estar bajo el control de personas de otro Miembro⁵⁴⁶ y cabe resaltar que la propiedad de la persona jurídica implica tener más del 50% de su capital social. En este sentido, los PED que realizan una limitación, señalando por ejemplo que una participación de capital extranjero debe ser de 40% como máximo, respecto la presencia comercial del sector de la construcción, no estarán afectos al art. XVI:2 f) respecto de esta limitación, porque esta limitación no recae en personas jurídicas de otro Miembro de conformidad con el AGCS (más del 50% del capital debe ser extranjero).

Se ha constatado que los PED, al realizar sus compromisos específicos de AM, parecen haberle dado mayor importancia a las limitaciones relacionadas con las medidas que restringen o prescriben el tipo específico de persona jurídica o de empresa conjunta (*joint venture*) y a la participación de capital extranjero estipuladas en el art. XVI:2 e) y f).⁵⁴⁷ Esto puede deberse a que

⁵⁴³ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*, párr. 12. Señala ejemplos de limitaciones al AM, extraídos de las listas de compromisos específicos, el ejemplo escogido sería una restricción prohibida en el número total de personas físicas.

⁵⁴⁴ Vid. DELIMATSI, P. Y MOLINUEVO, M., "Article XVI GATS", *op. cit.*, p. 388.

⁵⁴⁵ Vid. art. XVII d): "presencia comercial" significa todo tipo de establecimiento comercial o profesional, a través, entre otros medios, de: i) la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica, o ii) la creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación.

⁵⁴⁶ Según art. XXVIII n) una persona jurídica es "propiedad" de personas de un Miembro si estas personas tienen propiedad de más del 50% de su capital social (es propiedad de personas de ese Miembro) y está bajo el control de personas de un Miembro si dichas personas tienen la facultad de designar o nombrar a la mayoría de sus directores o de otra forma dirigir legalmente sus operaciones. Vid. también FERNÁNDEZ-PONS, X. Y TORRENT, R., "The (Unnoticed?) Contradictory Overlapping of International and Domestic Rules on FDI: Getting the Legal Facts Right" (paper presented at the 3rd Biennial Global Conference, Singapore, 25 June 2012).

⁵⁴⁷ Vid. ADLUNG, R. Y ROY, M., "Turning hills into mountains? Current commitments under the GATS and prospects for change," *Journal of World Trade*, vol. 39, no. 6, 2005, pp. 1161-1194, en p. 1179.

las regulaciones nacionales relacionadas con la creación de empresas conjuntas y limitaciones en el capital extranjero máximo suelen ser vistos como medidas que pueden ayudar a fomentar el crecimiento y el comercio en los PED, en tanto que fomentan la transferencia de capacidades, de *know how* y de tecnología de las empresas extranjeras a las domésticas.

b. Trato Nacional

El TN, un principio ampliamente utilizado en el derecho internacional, es un componente fundamental de cualquier estrategia de integración económica y requiere en esencia que los extranjeros sean tratados de la misma manera que los nacionales o locales. En el AGCS el TN se formula como requerimiento, en su art. XVII exige que no exista tratamiento discriminatorio en la aplicación de las regulaciones a los servicios y proveedores de servicios extranjeros en comparación con los servicios o proveedores de servicios nacionales⁵⁴⁸. MATTOO en 1997 identificó tres problemas importantes en la interpretación de dicho precepto: “En primer lugar la falta de una clara delimitación del dominio del art. XVII, en particular en relación con el art. XVI sobre AM, en segundo lugar, la diferencia que existe entre el texto del art. XVII y la estructura de las listas de compromisos, lo que hace difícil interpretar el alcance de la obligación, en particular para los mismos servicios prestados a través de diferentes modos. El último problema es el que surge en el establecimiento de la definición de “servicios similares” y “proveedores de servicios similares”⁵⁴⁹. Estos aspectos siguen siendo actualmente cuestiones pendientes de resolver.

El art. XVII:1 establece:

“En los sectores *inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares*”⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Para un estudio general sobre el TN en la OMC y en particular en el AGCS, *vid.* entre otros TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., *The Regulation of International Trade*, 3rd ed., London - New York, Routledge, 2005; MATTOO, A., "National Treatment in the GATS: Corner stone or Pandora's Box?", *op. cit.*; ORTINO, F., "The Principle of Non-Discrimination and its Exceptions in GATS: Selected Legal Issues", *op. cit.*; ORTINO, F., "Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US - Gambling: A Critique", *op. cit.*; KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 97; COSSY, M., "Determining "likeness" under the GATS: Squaring the circle?", WTO, Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2006-08, September 2006, Geneva, 2006; COSSY, M., "Some Thoughts in the concept of "likeness" in the GATS", *op. cit.*; DIEBOLD, N. F., *Non-Discrimination in International Trade in Services - 'Likeness' in WTO/GATS*, *op. cit.*

⁵⁴⁹ *Vid.* MATTOO, A., "National Treatment in the GATS: Corner stone or Pandora's Box?", *op. cit.*

⁵⁵⁰ No se interpretará que los compromisos específicos asumidos en virtud del presente artículo obligan a los Miembros a compensar desventajas competitivas intrínsecas que resulten del carácter extranjero de los servicios o proveedores de servicios pertinentes.

Esta disposición plasma uno de los aspectos distintivos del AGCS, ya que el TN no se configura como un principio general, como en el GATT, sino que constituye una concesión adicional a ser negociada⁵⁵¹. Así, igual que el AM, el TN sólo se aplica en la medida en que un sector de servicios y un modo de suministro se han inscrito en los listados de compromisos de un Miembro y con las condiciones y salvedades allí consignadas⁵⁵². En el AGCS, el TN no es de aplicación general ya que está sujeto a la lista positiva de los sectores de servicios inscritos en los listados de compromisos. Adicionalmente, está sujeto dentro de cada lista de sectores a las condiciones y salvedades incluidas en este listado⁵⁵³. El art. XVII establece el mismo tipo de obligaciones del art. III del GATT bajo un principio de integración negativa, aunque su contenido y alcance es diferente⁵⁵⁴.

Las limitaciones al TN que pueden listarse en los compromisos específicos no están definidas en el art. XVII, éstas pueden ser, entre otras, subvenciones y prescripciones en materia de residencia, prescripciones en licencias y titulaciones, regulaciones fiscales, todas ellas con carácter discriminatorio⁵⁵⁵. Cabe señalar que muchos Miembros PED no han realizado compromisos sobre TN en muchos sectores de servicios, y si se han realizado ha sido con importantes limitaciones⁵⁵⁶. El “trato no menos favorable” a que se alude en este primer párrafo implica, según el Grupo Especial en el caso *CE – Banano III*⁵⁵⁷, que los Miembros deberán otorgar condiciones de

⁵⁵¹ Vid. TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", *op. cit.*, p. 62. Se ha señalado que la diferencia puede recaer en el hecho que el punto de partida en los servicios es una situación de “tarifa Zero”. Vid. DRAKE, W. J. Y NICOLAÏDIS, K., "Ideas, interests, and institutionalization: “trade in services” and the Uruguay Round”, *International Organization*, vol. 46, 1992, pp. 37-100.

⁵⁵² Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 391.

⁵⁵³ Vid. MATTOO, A., "National Treatment in the GATS: Corner stone or Pandora's Box?", *op. cit.*; ORTINO, F., "The Principle of Non-Discrimination and its Exceptions in GATS: Selected Legal Issues", *op. cit.*, p. 174: “In order to determine the actual level of GATS ‘national treatment’ commitments, it is therefore necessary to examine each Member’s schedule of specific commitments”.

⁵⁵⁴ El art. III del GATT sobre TN inicialmente tenía la intención de proteger el derecho de concesión de aranceles bajo el art. II del GATT, sin embargo el art. III ha crecido en sí mismo, en parte debido a las inherentes dificultades en la aplicación de normas técnicas de tratamiento nacional. Las dificultades incluyen el problema nunca resuelto de determinar cuándo dos productos son suficientemente semejantes – son “productos similares” (“like products”) lo que implica la obligación de tratarlos con semejanza.

⁵⁵⁵ Ver algunos ejemplos de limitaciones al TN en el apéndice 1 del documento de la OMC sobre las directrices para la consignación de los compromisos: OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*

⁵⁵⁶ Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 391; ADLUNG, R. Y ROY, M., "Turning hills into mountains? Current commitments under the GATS and prospects for change," *op. cit.*, p. 1180–1182. “As in the case of market access, developing and developed countries display similar patterns of limitations... A closer look reveals that developing countries tend to rely somewhat more strongly on land-related restrictions, but less so on discriminatory subsidies and nationality or residency requirements”.

⁵⁵⁷ Vid. Informe del Grupo Especial, *CE – Banano, III*, Doc. WT/DS27/R, *cit.*, párr. 7.309.

competencia no menos favorables para los servicios y proveedores de servicios extranjeros “...independientemente de que se logre mediante la aplicación de medidas formalmente idénticas o formalmente diferentes”.

Los arts. XVII:2 y 3 establecen:

“Todo Miembro podrá cumplir lo prescrito en el párrafo 1 otorgando a los servicios y proveedores de servicios de los demás Miembros un trato formalmente idéntico o formalmente diferente al que dispense a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares.”
“Se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro.”

La inconsistencia de una medida con el TN, de conformidad con el art. XVII del AGCS, se ha determinado en el caso *CE – Banano III*⁵⁵⁸ en base a una valoración de los elementos siguientes:

1. *Que el Miembro de quien se aduce incumplimiento haya asumido un compromiso específico en un sector y un modo de suministro pertinentes.*

En el caso *CE – Banano III*, el Grupo Especial constató que el demandado había realizado compromisos plenos en el total de servicios prestados mediante presencia comercial y no había consignado limitación alguna⁵⁵⁹, por lo que no realizó un análisis detallado de este elemento.

2. *Que el Miembro de quien se aduce el incumplimiento al TN ha adoptado o aplicado una medida que afecta al suministro de servicios en ese sector y/o modo de suministro.*

Aquí es relevante la interpretación de “medida que afecta” al comercio de servicios. Se interpretó el término “que afecta” en sentido amplio, ratificando el enfoque realizado en otras ocasiones en el marco del GATT⁵⁶⁰. La parte que tiene la carga de la prueba debe al menos establecer quién suministró el servicio en cuestión y cómo él es afectado por la medida adoptada⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, párr. 7.134. Esta prueba de varios elementos también ha sido considerado por varios autores para explicar el TN del AGCS, *vid.* entre otros VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 393; MAVROIDIS, P. C., BERMANN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis*, *op. cit.*, p. 329 ss.

⁵⁵⁹ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE — Banano, III*, Doc. WT/DS27/R, *cit.*, párr. 7.305–7.306.

⁵⁶⁰ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE — Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, párr. 22. Revisar el análisis sobre el contenido de medidas y sobre medidas que afectan al comercio de servicios así como el estudio del art. II de trato de NMF.

⁵⁶¹ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Canadá — Automóviles*, Docs. WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, *cit.*, párr. 182–184; MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T. J. Y MAVROIDIS, P. C., "Trade in Services (capítulo16)" *The World Trade Organization: law, practice, and policy*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

3. *Que la medida en cuestión sea aplicada a servicios o proveedores de servicios extranjeros y nacionales que sean semejantes.*

Esta disposición instituye como un elemento esencial la comparación entre “servicios semejantes” o “proveedores de servicios semejantes” a efectos del cumplimiento de la obligación del tratamiento nacional. Si bien es posible analizar la similitud de los servicios y proveedores de servicios basados en la experiencia existente en el art. III del GATT con relación a la similitud de las mercancías⁵⁶², la doctrina ha discutido sobre el reto que constituye determinar dicha similitud a los efectos del AGCS⁵⁶³.

Existe muy poca jurisprudencia que se haya ocupado de la cuestión de la “similitud” en el contexto del art. XVII. En la disputa *EEUU – Juegos de azar*, el Grupo Especial, lamentablemente, decidió por economía procesal no pronunciarse sobre la cuestión de si las medidas de los EEUU violan la obligación de TN en servicios⁵⁶⁴. Si bien la cuestión de la similitud debe evaluarse caso por caso, es importante tener unas referencias interpretativas al respecto. La determinación de la similitud parece fundarse en criterios muy parecidos al caso de los bienes: características de los servicios, clasificación y descripción de los servicios, y hábitos y preferencias de los consumidores respecto de los servicios y proveedores de servicios⁵⁶⁵. Es esta última característica la que tiene más relevancia para el ámbito de los servicios. Se deberá también determinar la naturaleza y extensión de la relación de competitividad entre servicios o proveedores de servicios en cuestión.

⁵⁶² Vid. TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., *The Regulation of International Trade*, op. cit., p. 102 ss.; CHOI, W.-M., *'Like products' in international trade law: towards a consistent GATT/WTO jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

⁵⁶³ KRAJEWSKI señala que la determinación de la semejanza de los proveedores de servicios es todo un desafío, vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit., pp. 97–107. COSSY, M., "Some Thoughts in the concept of "likeness" in the GATS", op. cit., pp. 332–341; NICOLAÏDIS, K. Y TRACHTMAN, J. P., "From Policed Regulation to Managed Recognition in GATS", op. cit., pp. 253–254; KRAJEWSKI, M. Y ENGELKE, M., "Article XVII GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO - Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 396–420 párrs. 35 et seq.; WEISS, T. F., "The General Agreement on Trade in Services 1994", *CML Review*, vol. 21, 1995, p. 121. Vid. también FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", op. cit., p. 851. La autora se refiere a las diferencias entre art. III del GATT y art. XVII del AGCS, en tanto en el GATT la semejanza se extiende a los productos directamente competitivos o sustituibles (art. III:2 y Ad. Art. III). Asimismo los criterios usados para determinar la semejanza, como las características físicas, no son especialmente relevantes. La cuestión de la semejanza ha sido analizada al revisar el trato de NMF del AGCS.

⁵⁶⁴ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, cit., párr. 6.422–6.426. Habiendo encontrado ya una violación del art. XVI, el grupo decidió ejercer la “economía judicial” respecto de la reclamación relativa al art. XVII, y no se pronunció sobre la cuestión. Algunos comentaristas han señalado que justamente los servicios relacionados con internet constituyen un sector importante para determinar los límites de la semejanza de los servicios. Vid. WUNSCH-VINCENT, S., "The Internet, cross-border trade in services, and the GATS: lessons from US-Gambling", *World Trade Review*, vol. 5, no. 03, 2006, pp. 319–355, p. 330.

⁵⁶⁵ Ver el estudio realizado en esta investigación sobre “servicios similares” en relación con el trato de NMF.

Otra cuestión relacionada que necesita una mayor aclaración es si los diferentes modos de suministro se tendrán en cuenta a la hora de determinar la similitud de los servicios o proveedores de servicios. En la disputa *Canadá – Automóviles*, se reclamó que los servicios suministrados mediante Modo 3 y 4 y los suministrados mediante Modo 1 y 2 eran similares⁵⁶⁶. KRAJEWSKI⁵⁶⁷ argumenta que un proveedor de servicios que suministra de manera transfronteriza y el que suministra mediante la presencia comercial no tienen las mismas o similares características. Por ejemplo, el suministro de servicios financieros mediante internet (Modo 1) y el suministro en una sucursal bancaria (Modo 3) tienen diferentes características. Normalmente, los servicios suministrados mediante diferentes modos de suministro tienen diferentes usuarios finales, por lo que no tienen una relación de competencia completa entre ellos⁵⁶⁸.

También se ha discutido en la doctrina si la inclusión de servicios y proveedores de servicios en el art. XVII conlleva una prueba alternativa, acumulativa o disyuntiva⁵⁶⁹. De acuerdo a la prueba alternativa, una medida viola el art. XVII si aplica un trato menos favorable bien a los servicios extranjeros o a los proveedores de servicios extranjeros. La prueba acumulativa implica que la medida viola el art. XVII si trata de forma menos favorable tanto a los servicios extranjeros como a los proveedores de servicios extranjeros. Finalmente, el enfoque disyuntivo sostiene que dependiendo de la decisión del órgano resolutorio de si la aplicación de la medida afecta a los servicios o proveedores de servicios, se analizará luego si la medida trata de manera menos favorable a servicios o proveedores de servicios. KRAJEWSKI critica la aplicación de la prueba alternativa, señala que el “...test might yield a greater liberalizing effect, but could lead to unwanted results, because a measure, which differentiates between different types of service suppliers for valid regulatory reasons could be eradicated if it leads to a differentiation in the treatment of like services”. Ello ocasionaría una mayor intrusión en la autonomía regulatoria de los Estados, por lo que recomienda la aplicación de la prueba acumulativa o disyuntiva⁵⁷⁰.

El Grupo Especial señaló que en la medida en que los servicios sean “servicios similares”, las entidades que provean esos servicios son también “proveedores de servicios similares”. El

⁵⁶⁶ Vid. Informe del Grupo Especial, *Canadá — Automóviles*, Doc. WT/DS142/R, cit., párr. 10.307.

⁵⁶⁷ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit., p. 102; MATTOO, A., “National Treatment in the GATS: Corner stone or Pandora's Box?”, op. cit., p. 119–120.

⁵⁶⁸ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit., p. 102.

⁵⁶⁹ Vid. COSSY, M., “Determining “likeness” under the GATS: Squaring the circle?”, op. cit.; NICOLAÏDIS, K. Y TRACHTMAN, J. P., “From Policed Regulation to Managed Recognition in GATS”, op. cit., p. 241.

⁵⁷⁰ Vid. HERRMANN, C., TERHECHTE, J. P. Y KRAJEWSKI, M., “Services Trade Liberalisation and Regulation: New Developments and Old Problems”, *European Yearbook of International Economic Law*, vol. 1, 2010, pp. 153-178, en pp. 163–164.

criterio definitivo para definir la similitud entre dos servicios es el mercado relevante⁵⁷¹. El Órgano de Apelación aceptó este razonamiento y además negó la relevancia de la prueba de “*aim and effect*” cuando se valora la consistencia con el art. XVIII⁵⁷². Sin embargo, VAN DEN BOSSCHE considera que no necesariamente son proveedores de servicios similares los que provean servicios similares, ya que se deben tomar en cuenta otros factores como el tamaño de la empresa, sus activos, el uso de tecnología y la naturaleza y extensión de sus conocimientos técnicos especializados⁵⁷³. ZDOUC señala que un efecto de la interpretación del Grupo Especial sería que cualquier persona natural o legal que realmente o potencialmente realice un suministro de servicios similares, pueda reclamar el beneficio de no discriminación⁵⁷⁴.

4. *Que la medida otorga a los servicios y a los proveedores de servicios nacionales un trato menos favorable que el que dispensa a los servicios o a los proveedores de servicios similares de sus contrapartes extranjeras.*

El trato ‘no menos favorable’ es la norma esencial de la no discriminación dentro de la obligación de TN⁵⁷⁵. Está además definido en relación con el art. XVII:2 y 3 del AGCS, lo que refleja la práctica previa del GATT. Así, el “trato formalmente idéntico o formalmente diferente” debe darse para cumplirse con el TN, pero si un Miembro diera un trato formalmente idéntico a servicios y proveedores de servicios extranjeros y nacionales, podría igualmente violar la obligación de TN. Esto pasa si con ese trato se modifican las condiciones de competencia a favor del nacional. El Grupo Especial en el caso *CE – Bananos III*, basándose en la interpretación ya realizada en el marco del GATT, señaló que “[...] un trato formalmente idéntico puede, sin embargo, considerarse trato menos favorable si modifica adversamente las condiciones de competencia de los servicios o proveedores de servicios extranjeros⁵⁷⁶.

⁵⁷¹ Vid. Informe del Grupo Especial, *CE – Banano, III*, Doc. WT/DS27/R, *cit.*, párr. 7.322. Respecto al art. II del trato de NMF el Grupo Especial en la disputa *Canadá – Autos* señaló: “Convenimos en que en la medida en que los proveedores de servicios involucrados suministran los mismos servicios, deben considerarse “similares” a los efectos del presente asunto [...]. Vid. Informe del Grupo Especial, *Canadá – Automóviles*, Doc. WT/DS142/R, *cit.*, párr. 10.248.

⁵⁷² El OA negó la idea que este criterio sea el apropiado para definir la semejanza en el art. XVIII del AGCS. Vid. Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, párrs. 240–241. En el Marco del GATT la prueba del “*aims and effect*” se consideró en el caso *EEUU – Autos*, se señaló que la parte que tiene que demostrar la “semejanza” debe investigar los motivos de la acción gubernamental y sus efectos (sin ser obligada a mostrar los efectos reales al comercio). Vid. MAVROIDIS, P. C., BERMANN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis, op. cit.*, p. 830.

⁵⁷³ Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials, op. cit.*, p. 394.

⁵⁷⁴ Vid. ZDOUC, W., “WTO dispute settlement practice relating to the GATS”, *op. cit.*, p. 332.

⁵⁷⁵ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, op. cit.*, pp. 107–114.

⁵⁷⁶ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, párr. 7.327. Aquí considerar que en el ámbito del GATT se refiere también a las condiciones del mercado, si son alteradas las “condiciones de competencia en el mercado relevante”.

Estas disposiciones implican también que la obligación de TN puede ser violada ya sea mediante una discriminación *de jure* como mediante una discriminación *de facto* contra los servicios o los proveedores de servicios extranjeros⁵⁷⁷. El art. XVII señala en este sentido que el trato que se debe otorgar será “formalmente idéntico o formalmente diferente [...]”, es decir que no es un requisito que el trato sea idéntico para que no sea discriminatorio, pero si debe ser *de facto* no discriminatorio. Esta disposición se ha creado a semejanza del art. III del GATT e inspirado en la interpretación que ha dado el órgano resolutorio de la OMC al respecto de este artículo, lo que fue confirmado por el Órgano de Apelación en el caso *CE – Banano III*⁵⁷⁸.

Una medida discriminatoria sin efecto actual en el CIS puede incluso ser inconsistente con el AGCS, solamente es necesario demostrar que es capaz de distorsionar el comercio. En el caso *Canadá – Autos* el Grupo Especial puntualizó que el TN protege las oportunidades competitivas y no el flujo actual del comercio⁵⁷⁹. ORTINO, tomando en cuenta la jurisprudencia del art. III:4 del GATT, considera que el enfoque del “trato menos favorable” debe basarse en el impacto adverso y desproporcionado que recae sobre los servicios y proveedores de servicios extranjeros, en tanto que la “intención” no constituye un elemento central⁵⁸⁰. Asimismo, considera que la medida en cuestión debe ser la causa de dicho impacto adverso, el cual además debe ser más que *de minimis*. Para determinar la desproporcionalidad, se debe hacer una comparación de los servicios y proveedores de servicios en cuestión, tomando en consideración tanto a los servicios y proveedores de servicios nacionales como a los extranjeros.

Finalmente, como señala MATTOO “*uncertainty about the precise meaning of the national treatment obligation may undermine the key GATS objective of creating a secure, predictable trading environment*”⁵⁸¹, esto es especialmente cierto en relación a las necesidades de los PED. En tanto que para determinar la existencia de una la violación del TN los criterios son bastante amplios y poco claros. No se sabe exactamente el alcance de la discriminación *de facto* ni las implicaciones de la similitud en los servicios. El TN asegura las condiciones de competencia de los servicios y

⁵⁷⁷ Vid. WEISS, T. F., "The General Agreement on Trade in Services 1994", *op. cit.*, p. 1211.

⁵⁷⁸ El Órgano de Apelación señala de manera coincidente con la conclusión del Grupo Especial que "la asignación a los operadores de la categoría B, del 30 por ciento de los certificados que permiten la importación de plátanos de terceros países y no tradicionales ACP a los tipos de derechos de aduana aplicables a las importaciones comprendidas en el contingente, genera condiciones de competencia menos favorables para los proveedores de servicios similares originarios de los reclamantes y es, por consiguiente, incompatible con las prescripciones del artículo XVII del AGCS". Vid. Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, p. 244.

⁵⁷⁹ Vid. Informe del Grupo Especial, *Canadá – Automóviles*, Doc. WT/DS142/R, *cit.*, párr. 10.303.

⁵⁸⁰ Este fue el razonamiento seguido en las disputas que tuvieron su origen en regulaciones de origen neutral. Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, (*CE – Amianto*), Doc. WT/DS135/R/AB, 11 de marzo de 2001; Informe del Grupo Especial, *Japón – Películas*, Doc. WT/DS44/R, *cit.*; ORTINO, F., "The Principle of Non-Discrimination and its Exceptions in GATS: Selected Legal Issues", *op. cit.*, p. 7.

⁵⁸¹ Vid. MATTOO, A., "National Treatment in the GATS: Corner stone or Pandora's Box?", *op. cit.*, p.107.

proveedores de servicios en el mercado nacional, limitando la discrecionalidad de la regulación nacional, por lo que sería muy importante conocer sus potenciales alcances en caso de incumplimiento por parte de los PED. La seguridad jurídica y un criterio más uniforme que oriente una regulación nacional no discriminatoria son muy necesarios.

c. Compromisos Adicionales

El art. XVIII permite que los Miembros puedan realizar compromisos adicionales en un sector en particular, los cuales no están relacionados con el AM o el TN. El propósito de esta disciplina es abordar las restricciones que no fueran discriminatorias de conformidad con el art. XVII y que no estuvieran comprendidas en los seis tipos de medidas mencionados en el art. XVI:2. El fundamento de las negociaciones para crear el art. XVIII parece basarse en la necesidad de encontrar una solución a corto plazo para reducir los costos de las transacciones en el suministro de servicios, causados por este tipo de regulaciones nacionales⁵⁸². Si bien en las negociaciones de la Ronda Uruguay se entendió que era importante alcanzar una solución sistémica de efecto más duradero, no se pudo definir claramente el carácter restrictivo de esas medidas, ni alcanzar un acuerdo político a fin de que pudieran establecerse disciplinas semejantes a las de los arts. XVI y XVII, por lo que finalmente se acordó establecer el art. XVII en los términos que aparecen.

El art. XVIII, si bien no contiene una obligación legal como tal, da un marco jurídico en base al cual los Miembros pueden negociar y consignar en sus listados compromisos específicos, estos compromisos están relacionados principalmente con las condiciones de aptitud/titulaciones, normas técnicas y licencias⁵⁸³. Según FOOTER, esta disposición facilita la negociación de compromisos respecto a medidas que van más allá del ámbito (“*purview*”) del AGCS⁵⁸⁴. Los compromisos consignados en virtud del art. XVIII deben adoptar la forma de obligaciones relativas a los compromisos adicionales y deben incluir una descripción completa de las obligaciones asumidas⁵⁸⁵. Además deben expresarse en forma de obligaciones y no de limitaciones⁵⁸⁶. KRAJEWSKI argumenta que si bien no hay un requisito respecto a si los compromisos adicionales contengan o no limitaciones y cualificaciones, sin embargo, sí pueden contenerlos, ya que estas

⁵⁸² Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*, p. 2. En este sentido, *vid.* también MAVROIDIS, P. C., BERMAN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis*, *op. cit.*, p. 836.

⁵⁸³ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Modalidades para el Trato Especial de los Países Menos Adelantados Miembros en las negociaciones sobre el comercio de servicios. Adoptadas el 3 de septiembre de 2003*, Doc. TN/S/13, 5 de septiembre 2003, p. 1.

⁵⁸⁴ Vid. FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 853.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 2.

⁵⁸⁶ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*, p. 7.

limitaciones son parte imprescindible del compromiso en su conjunto. Por ejemplo, si un Miembro se compromete a ciertos estándares regulatorios para servicios profesionales con la excepción de servicios legales, éste puede listar tal compromiso y específicamente excluir los servicios legales, en vez de listar positivamente todos los otros sectores sujetos al compromiso⁵⁸⁷.

Si bien la concepción del art. XVIII está relacionada con el art. VI sobre reglamentación nacional y las obligaciones jurídicas que se desprenderán de las futuras disciplinas del art. VI:4 son muy semejantes a los tipos de compromisos que pueden negociarse en virtud del art. XVIII, el alcance de la disciplina sobre compromisos adicionales es mayor que la del art. VI, ya que el art. XVIII permite negociar compromisos sobre otras cuestiones, además de los títulos de aptitud, las normas técnicas o el régimen de licencias⁵⁸⁸. El CCS en el documento guía para la consignación de compromisos específicos ha señalado también que los compromisos adicionales pueden referirse especialmente, pero no de manera exhaustiva, a títulos de aptitud, normas técnicas, prescripciones o procedimientos en materia de licencias y otras reglamentaciones internas compatibles con el art. VI⁵⁸⁹. En este sentido, el Grupo Especial, en la disputa *EEUU – Juegos de azar*, confirmó que los Miembros pueden negociar y asumir compromisos adicionales específicos, que ellos mismos definirían caso por caso⁵⁹⁰. También señaló que los compromisos adicionales no se tienen que restringir a las medidas de regulación domésticas, sino que también pueden aplicarse al suministro transfronterizo de servicios⁵⁹¹.

Respecto a la forma de consignar los compromisos, el CCS ha señalado que se consignarán únicamente los compromisos que se contraigan y no los modos de suministro en los que no se

⁵⁸⁷ Vid. KRAJEWSKI, M., "Article XVIII GATS", *op. cit.*, p. 422.

⁵⁸⁸ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.* Algunos ejemplos de compromisos adicionales se presentan el Apéndice 1 del documento de la Secretaría de la OMC, algunos de ellos en relación con el art. VI son: – *Sobre la publicación de medidas de aplicación general*: Se publicaran los requisitos y periodo de tiempo necesario para obtener una licencia en los servicios de telecomunicación. – *Sobre procedimientos de revisión de decisiones*: la posibilidad de revisión judicial de procedimientos administrativos. – *En cuanto a procedimientos de autorización*: Las respuestas a solicitudes relativas a nuevos productos se examinarán y contestarán en un plazo determinado, se dará información por escrito del resultado a los solicitantes en un plazo máximo determinado. – *En relación a prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y prescripciones en materia de licencias*: El proveedor extranjero del servicio debe ser un operador mundial con amplia experiencia internacional; El Gobierno reconocerá la calidad de abogado para asuntos jurídicos del exterior si el proveedor de servicios está habilitado para ejercer como abogado en su jurisdicción de origen. – *Respecto a procedimientos de verificación de la competencia de los profesionales*: Los arquitectos extranjeros con licencia de su país de origen podrán obtener una licencia de arquitecto tras aprobar un examen simplificado; Los exámenes de habilitación destinados a determinar la competencia y aptitudes a los efectos de inscripción en los organismos profesionales se rendirán en inglés.

⁵⁸⁹ *Ibid.* en p. 7.

⁵⁹⁰ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.310–6.311.

⁵⁹¹ Vid. Informe del Grupo Especial, *México — Telecomunicaciones*, Doc. WT/DS204/R, *cit.*, párr. 7.96 ss.

hagan compromisos adicionales⁵⁹². MATSUSHITA resalta que lo que importa es que el lenguaje de los compromisos sea lo suficientemente específico para expresar una idea adecuada de lo que se ha comprometido⁵⁹³. Asimismo, los compromisos adicionales pueden estar limitados a sectores o subsectores con compromisos específicos bajo el art. XVI y XVII. En el caso *México – Telecom*, el Grupo Especial sostuvo que las limitaciones de AM o TN pueden también limitar la aplicación de los compromisos adicionales del art. XVIII, por ejemplo si el compromiso adicional es tomado en la base de compromisos adicionales asumidos⁵⁹⁴.

Según DELIMATSI, el art. XVIII puede solaparse con el art. VI:4 y 5, ya que puede incluir medidas que están dentro del alcance de éstos. Por ejemplo, las disciplinas regulatorias del Documento de Referencia en telecomunicaciones básicas fueron negociadas como compromisos adicionales del art. XVIII. Sesenta y seis Miembros los inscribieron en los listados⁵⁹⁵. En este sentido, las disciplinas futuras del art. VI:4 pueden ser bastante similares a los tipos de compromisos que pueden consignarse de conformidad con el art. XVIII. Sin embargo, tal como luego reconoce DELIMATSI y como ya hemos comentado, el alcance del art. XVIII es mayor que el del art. VI. Además los compromisos adicionales que se permiten asumir en virtud del art. XVIII tienen carácter voluntario en tanto que las futuras disciplinas se proyectan como disciplinas de carácter obligatorio. Lo que sí debe considerarse es la forma en que se implementarán dichas disciplinas; como veremos, algunas propuestas de las negociaciones del art. VI:4 apuntan a que los Miembros que quieran hacer compromisos respecto a las futuras disciplinas asuman dichos compromisos en forma de compromisos adicionales del art. XVIII⁵⁹⁶. La relación entre los compromisos adicionales y las disposiciones sobre reglamentación nacional se evidencia también en la propuesta de las futuras disciplinas de reglamentación nacional, en tanto que deberían ser incorporadas en el marco del AGCS como compromisos adicionales⁵⁹⁷.

⁵⁹² Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*, p. 7. El párr. 19 señala: “En la columna dedicada en la lista a los compromisos adicionales únicamente se consignarán los casos en que se contraigan compromisos específicos; no hace falta incluir los modos de suministro con respecto a los cuales no se contraigan compromisos ni es preciso hacer indicación alguna si no se contrae ningún compromiso en virtud del artículo XVIII”.

⁵⁹³ Vid. MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T. J. Y MAVROIDIS, P. C., "Trade in Services (chapter 16)", *op. cit.*, p. 669.

⁵⁹⁴ Vid. Informe del Grupo Especial, *México — Telecomunicaciones*, Doc. WT/DS204/R, *cit.*, párr. 7.94.

⁵⁹⁵ Vid. DELIMATSI, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *International Economic Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 148; DELIMATSI, P., "Don't Gamble with GATS - The Interaction between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the US - Gambling Case", *op. cit.*, p. 75.

⁵⁹⁶ Vid. DELIMATSI, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 187.

⁵⁹⁷ Vid. ADLUNG, R., "Services Negotiations in the Doha Round: Lost in Flexibility?", *op. cit.*, p. 889–890.

El nivel de compromisos adicionales es bajo, si bien más de 80 Miembros han realizado algún tipo de compromiso adicional⁵⁹⁸, la mayoría lo ha hecho en el sector de telecomunicaciones, aproximadamente 30 Miembros hicieron compromisos en otros sectores, en particular en transporte marítimo⁵⁹⁹, servicios financieros⁶⁰⁰, y servicios profesionales y de distribución. Los pocos compromisos consignados en virtud del art. XVIII en sectores de servicios profesionales y de distribución se han hecho sobre aspectos regulatorios tales como prescripciones y procedimientos de licencias, procesos de aprobación de servicios/productos, uso de nombres comerciales y mecanismos para el establecimiento del precio final, en particular en el sector de los servicios profesionales; así como alguno relacionado con el "acceso y utilización" de infraestructuras. Cabe mencionar que también se han realizado compromisos a futuro o indicaciones sobre la eliminación de medidas a futuro⁶⁰¹.

El principal ejemplo de lo que puede cubrir el art. XVIII está en el Documento de Referencia de las telecomunicaciones básicas, que sirve también como modelo para intentar uniformizar los

⁵⁹⁸ Vid. HARTRIDGE, D., TASHI, K. Y ODARDA, O., *Handbook of GATS Commitments: Trade in Services under the WTO*, Cameron May, 2003; KRAJEWSKI, M., "Article XVIII GATS", *op. cit.* p. 423. Tomando en consideración los compromisos adicionales realizados hasta el 2002.

⁵⁹⁹ Los compromisos en el sector de transporte marítimo están relacionados con aspectos regulatorios sobre el acceso y el uso de servicios portuarios y sobre servicios de transporte multimodal, estos aspectos son clave para la infraestructura del transporte marítimo. En cuanto a los compromisos adicionales sobre el acceso a las instalaciones portuarias y su utilización, se pueden distinguir tres grupos de servicios. Dieciséis Miembros asumieron compromisos en relación con el primer grupo, compuesto por los *servicios de remolque y tracción, aprovisionamiento de víveres, recogida de basuras y reparaciones de urgencia*. Se contrajeron 14 compromisos en relación con el segundo grupo, que abarca servicios más sensibles (*practicaje, servicios de capitán inspector, ayudas a la navegación, servicios en tierra esenciales*). En la categoría de los *servicios de fondeo, muellaje y atraque*, sólo contrajeron compromisos 13 Miembros. Cabe señalar también la existencia de compromisos respecto de los servicios definidos de manera *sui generis*. Es interesante que sólo cinco Miembros contrajeran compromisos adicionales en materia de acceso y utilización de servicios multimodales. Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Compromisos Adicionales en virtud del artículo XVIII del AGCS, Nota de la Secretaría*, Doc. S/CSC/W/34, 16 de julio 2002, párr. 40 y ss.; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Nota de antecedentes sobre Servicios de Transporte Marítimo, Nota de la Secretaría*, Doc. S/C/W/315, 7 de junio 2010, p. 42 y 46. En general ver también MATTOO, A., FINK, C. Y NEAGU, C., "Trade in International Maritime Services: How Much Does Policy Matter?", *World Bank Policy Research Working Paper No. 2522*, World Bank, Working Paper No. 2522, November 30, 1999.

⁶⁰⁰ En el caso de los servicios financieros los compromisos adicionales incluyen medidas relacionadas con cuestiones regulatorias clave del sector, como regulaciones domésticas sobre desregulación en sectores bancario y de seguros, procedimientos para aprobación de nuevos productos, compromisos para una mayor especificidad respecto al proceso de aplicación de licencias. Salvo el caso especial del Entendimiento relativo a los compromisos en materia de servicios financieros, en que algunas de sus disposiciones adquirirían el valor de compromisos adicionales, existen muy pocos compromisos adicionales realizados durante las negociaciones sobre servicios financieros que concluyeron en 1997 con la adopción del Quinto Protocolo anexo al AGCS. Los países que realizaron compromisos adicionales fueron Brasil, las Comunidades Europeas, los Estados Unidos y el Japón. Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Compromisos Adicionales en virtud del artículo XVIII del AGCS*, Doc. S/CSC/W/34, 2002, *cit.*, párr. 40 y ss.

⁶⁰¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*, p. 2. Apéndice 1 Ejemplos de consignaciones registradas en la columna de compromisos adicionales, y Apéndice 2 Compromisos adicionales – Lista de Miembros.

compromisos adicionales⁶⁰². Los negociadores de la Ronda Uruguay constataron que en algunos mercados de telecomunicaciones se tenían que enfrentar con proveedores “*major suppliers*”, que quieren ejercitar el control sobre las infraestructuras esenciales, lo que podrían frustrar de manera importante el AM. Por ello se adoptaron los seis principios regulatorios a fin de garantizar el acceso y la competencia en este sector. Los aspectos reglamentarios abarcados en el Documento de Referencia son: salvaguardias de la competencia, interconexión, acceso universal al servicio, concesión de licencias, entidades independientes de reglamentación, y explotación de recursos escasos. La mayoría de los Miembros con algunas pocas excepciones los inscribieron en sus listados de compromisos⁶⁰³.

Respecto a la relación de las disciplinas del art. XVIII con los PED, un primer aspecto a destacar es la flexibilidad que tienen los PMA para la asumir compromisos específicos en general y en particular en relación a los compromisos adicionales. De conformidad con las modalidades para los PMA del 2003, estos posibles compromisos podrían implicar cambios regulatorios que pueden ir más allá de sus capacidades institucionales, administrativas y técnicas. Los PMA pueden realizar compromisos adicionales si lo desean, pero éstos han de ser compatibles con sus necesidades de desarrollo, de comercio y financieras, debidamente delimitadas⁶⁰⁴. Un segundo aspecto está relacionado con el sector de las comunicaciones, son cuarenta los Miembros PED que se adhirieron al Documento de Referencia, sin embargo la doctrina ha destacado el problema de la implementación de estos principios regulatorios para las telecomunicaciones básicas en estos países⁶⁰⁵. La decisión del Grupo Especial en el caso *México – Telecomunicaciones*, en relación con

⁶⁰² El Documento S/L/92, *ibid.*, párr. 5, solamente indica que los compromisos adicionales deben consignarse en la cuarta columna de listado de compromisos específicos, sin indicar un método en particular. *Vid.* entre otros NEVEN, D. J. Y MAVROIDIS, P. C., "El mess in TELMEX: a comment on Mexico-measures affecting telecommunications services", *World Trade Review*, vol. 5, no. 02, 2006, pp. 271-296. En el sector marítimo también se ha usado un Modelo de Listado respecto al acceso y el uso de servicios portuarios y transporte multimodal.

⁶⁰³ Los Compromisos adicionales negociados tanto podían referirse a todas como sólo a algunas de sus disposiciones. También podían referirse a ciertas disposiciones del Documento de Referencia modificadas o a textos sustitutivos que hubiera elaborado el gobierno en cuestión. Los gobiernos podían incluso optar por no consignar ninguna disciplina regulatoria en sus listas. Puede verse en el Cuarto Protocolo que la mayoría de los participantes (66, en un total de 69) consignaron disciplinas regulatorias. Otros seis participantes tienen compromisos reglamentarios consignados de su propia elaboración y unos pocos han consignado elementos del Documento de Referencia de alguna manera modificada. Actualmente, de los 85 Miembros que formularon compromisos en materia de telecomunicaciones básicas, 79 han incluido en sus listas compromisos adicionales sobre disciplinas regulatorias.

⁶⁰⁴ *Vid.* HONECK, D., "Expect the Unexpected"? LDC GATS Commitments as Internationally Credible Policy Indicators? The Example of Mali", WTO, Economic Research and Statistics Division, Geneva, 2011, p. 16; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Modalidades para el Trato Especial de los Países Menos Adelantados Miembros en las negociaciones sobre el comercio de servicios. Adoptadas el 3 de septiembre de 2003*, Doc. TN/S/13, 2003, *cit.*, párr. 5.

⁶⁰⁵ *Vid.* HENDERSON, A., GENTLE, L. Y BALL, E., "WTO principles and telecommunications in developing nations: challenges and consequences of accession", *Telecommunications Policy*, vol. 29, no. 2-3, 2005, pp. 205-221, p. 210 ss. El autor se basa en los principios regulatorios del Documento de Referencia para analizar algunos problemas que afrontan los PED en la implementación de estos principios. *Vid.* también

los principios acordados en el Documento de Referencia, despertó aún más la preocupación de los PED, ya que el caso añadió mayor presión en el proceso de reformas regulatorias de los PED⁶⁰⁶.

Finalmente, CHANDA presenta una perspectiva positiva del art. XVIII para los intereses de los PED, propone: “*inscribing ‘regulatory’ source country obligations on readmission, voluntary and assisted return and employability of workers into a host country’s GATS schedule*”, la propuesta consiste en inscribir en la columna de compromisos adicionales del país de acogida la obligación de readmisión o retorno asistido⁶⁰⁷.

Por ende, el art. XVIII constituye una herramienta adicional de liberalización de los PED, con particular incidencia en la regulación nacional, ya que el AM efectivo de los servicios se perfecciona mediante una modificación o implementación en aspectos regulatorios.

d. Compromisos específicos

Los artículos XIX, XX y XXI contienen el marco legal para la constitución de los compromisos de liberalización multilateral en el sector de los servicios. Las disciplinas comprenden el proceso de negociación de los compromisos, indicaciones generales sobre la consignación de los compromisos de AM y TN, y compromisos adicionales y la posibilidad de modificar las listas de compromisos⁶⁰⁸.

Los listados de compromisos específicos contienen compromisos nacionales que estarán sujetos a un continuo proceso de liberalización. Los compromisos pueden ser generales en alcance, respecto a un determinado modo de prestación de servicios, o se pueden aplicar a un determinado(s) sector(es) o subsectores de servicios; dichos compromisos pueden contener especificaciones sobre el TN y AM. Según TREBILCOCK y HOWSE, los listados de compromisos específicos son el elemento central del AGCS, en sus palabras contienen “*the pith and substance of*

NEVEN, D. J. Y MAVROIDIS, P. C., "El mess in TELMEX: a comment on Mexico-measures affecting telecommunications services", *op. cit.*

⁶⁰⁶ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *México — Telecomunicaciones*, Doc. WT/DS204/R, *cit.* También es relevante la interpretación del Grupo Especial sobre el trato más favorable derivado del Preámbulo del AGCS, en el sentido que este tiene alcance en los compromisos que los Miembros deben hacer, pero no impacta la interpretación de un compromiso en particular una vez éste haya sido listado por los Miembros. Ver el apartado siguiente, el TED en el AGCS, en particular sobre el art. 5 g) del Anexo sobre Telecomunicaciones, p. 176.

⁶⁰⁷ *Vid.* CHANDA, R., "Mobility of Less-Skilled Workers under Bilateral Agreements: Lessons for the GATS", *Journal of World Trade*, vol. 43, no. 3, 2009, pp. 479-506; CHANDA, R., "Low-skilled workers and bilateral, regional, and unilateral initiatives, Lessons for the GATS Mode 4 negotiations and other agreements", *United Nations Development Programme (UNDP) Report*, 2008, p. 7.

⁶⁰⁸ Como comenta FOOTER, la principal obligación de la parte IV del acuerdo: progresiva liberalización, es el entrar en las rondas de negociación. No es obligatorio que se realicen compromisos de AM y TN, las obligaciones surgen una vez realizados los compromisos. FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 854.

the GATS”⁶⁰⁹. Los listados de compromisos específicos reflejan un enfoque “*bottom up*” por el que las disciplinas específicas se aplican de conformidad a dichos compromisos. A diferencia que las disciplinas de NMF están sujetas al enfoque de “*top down*”. Los compromisos específicos además reflejan el llamado enfoque “híbrido”, que es una combinación del enfoque de lista positiva, por el que los Miembros están autorizados a escoger el servicios o servicios en los cuales acordar un trato preferente, y el enfoque de “lista negativa”, permitiendo a los Miembros sujetar estos beneficios a restricciones, requisitos y condiciones⁶¹⁰.

El art. XIX establece la obligación de realizar rondas sucesivas y de progresivas negociaciones para la liberalización del CIS. Las rondas de negociaciones de conformidad con el AGCS se desarrollan para lograr la reducción o eliminación de las restricciones al CIS y sobre la base de “ventajas mutuas” y “equilibrio global de derechos y obligaciones”. Como señala TREBILCOCK⁶¹¹, esto conlleva un amplio alcance de la disposición, en el sentido de que no solamente se incluyen en la negociación las medidas discriminatorias sino que los Miembros deben plantear la negociación respecto cualquier regulación doméstica que pudiera tener el efecto de limitar el AM.

Las negociaciones se enmarcan actualmente en la Ronda de Doha para el Desarrollo⁶¹², después de varios impases las negociaciones de AM se paralizaron en el 2011 y actualmente los debates se centran en cuestiones técnicas sobre la aplicación del AGCS. Como parece desprenderse del limitado progreso realizado hasta la fecha en las negociaciones y en particular de los pocos nuevos compromisos de AM, (sea en el contenido de los compromisos, la inclusión de nuevos sectores, como en la escasa mejora del nivel de AM), los Miembros no ven claras las ventajas en este proceso, esto parece ser aún más evidente si se toman en cuenta los procesos paralelos de liberalización regional y bilateral⁶¹³.

También dispone el art. XIX que, a fin de avanzar en el proceso de negociación, se establecerán directrices y procedimientos de negociación, tomando en cuenta la situación del CIS y los objetivos del AGCS, incluido el objetivo de la creciente participación de los PED⁶¹⁴. En esta

⁶⁰⁹ Vid. TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., "Trade in Services (Chapter 12)", *op. cit.*, p. 358.

⁶¹⁰ Vid. entre otros DELIMATSI, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 31.

⁶¹¹ TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., "Trade in Services (Chapter 12)", *op. cit.*, p. 366.

⁶¹² Vid. la Declaración de Doha, OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Declaración Ministerial, Adoptada el 14 de noviembre de 2001*, Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, 2001, *cit.* La Ronda de Doha que se inició en el 2001 y está aún en marcha. Los principales aspectos de negociación en el sector de los servicios se refieren al acceso al mercado y las disciplinas de reglamentación doméstica.

⁶¹³ Hablar de la liberalización regional –ejemplo de acuerdos y arts. Xavier: OK... falta ¿Dónde sí se avanza?

⁶¹⁴ En cumplimiento de esta disposición para la actual Ronda de Negociaciones existen las directrices para la consignación de listas. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio*

disposición se destaca que las negociaciones se realizarán considerando los criterios de autonomía en las políticas públicas nacionales, el nivel de desarrollo de los Miembros, y la particular flexibilidad para los PED. La apropiada flexibilidad se otorga respecto del margen que tienen estos países para abrir menos sectores o subsectores, en la progresividad para el AM para los PED, así como en las limitaciones y condiciones que pueden establecer en sus compromisos.

Si bien esta disposición será objeto de un mayor análisis en el apartado siguiente, cabe destacar que este artículo no constituye una excepción al cumplimiento de las obligaciones del AGCS, sino un aspecto adicional a la flexibilidad del Acuerdo. La flexibilidad no cubre a la forma cómo las prescripciones del AGCS son aplicadas, sino que se refiere a los resultados del proceso de negociaciones de “*request and offer*” sobre AM y TN⁶¹⁵.

Si bien se establece que los procesos de negociación podrán ser mediante negociaciones bilaterales, plurilaterales o multilaterales (art. XIX:4), el principal formato de las negociaciones en la Ronda de Doha actualmente es de negociaciones plurilaterales.

El art. XX establece lo que se debe inscribir en los listados de compromisos de AM, TN y compromisos adicionales, a saber: a) los términos, limitaciones y condiciones en materia de acceso a los mercados; b) las condiciones y salvedades en materia de TN; c) las obligaciones relativas a los compromisos adicionales; d) cuando proceda, el marco temporal para la aplicación de tales compromisos; y e) la fecha de entrada en vigor de tales compromisos. El art. XX:2 especifica que las medidas que sean incompatibles a la vez con las disposiciones sobre AM y TN deberán figurar en la columna de compromisos sobre AM, y se considera que el Miembro otorga también dicha condición o salvedad (en inglés *qualification*) al TN. Se entiende de este artículo, como hemos mencionado al analizar el TN y el AM, que el ámbito de aplicación de estas disposiciones puede solaparse. Una parte de la doctrina afirma que las disposiciones de TN también se aplican a las medidas comprendidas en el artículo de AM. ARKELL plantea la cuestión de si, habiendo hecho un compromiso de TN, pero no un compromiso de AM, una medida podría violar las disposiciones de AM debido a la aplicación de las disposiciones de TN.⁶¹⁶

Los compromisos específicos son recogidos en listas de compromisos nacionales que se adjuntan y forman parte integrante del AGCS (art. XX:3) y determinan la extensión y los términos de las obligaciones específicas aplicables a cada Miembro⁶¹⁷. La elaboración de los listados sigue

de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001, Doc. S/L/92, 2001, cit.

⁶¹⁵ Vid. ARKELL, J., "International Disciplines On national regulations Affecting International Trade in Services" (paper presented at the XVI International Research Conference. Services Governance and Public Policies, Lisbon, 28-30 September 2006).

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁶¹⁷ La base de datos de la OMC contiene los listados de compromisos y listados de las excepciones del art. II NMF. No están los listados de las actuales negociaciones, ni de los Miembros de reciente

una metodología compleja, si bien no es obligatorio, la mayoría de los Miembros, a fin de facilitar su comprensión, siguen los criterios y el formato contemplado en la Guía sobre la realización de los compromisos actualizada por la Secretaría de la OMC en el 2001. El listado está dividido en dos secciones. La primera sección contiene los compromisos que se refieren a limitaciones horizontales y la segunda sección los compromisos realizados respecto a los sectores específicos. Los compromisos horizontales estipulan las limitaciones que se aplican a todos los sectores inscritos en un listado, así como la valoración de un compromiso en un sector específico. Los compromisos específicos al CIS se aplican en un sector o subsector en particular en base a las negociaciones. Una vez que un sector está listado, está sometido a las obligaciones del AGCS, incluidas las normas que se desarrollen posteriormente⁶¹⁸. Si un Miembro no quiere hacer compromisos de AM o TN en un particular modo o sector, él debe inscribir “SIN CONSOLIDAR” (“UNBOUND”) en la columna correspondiente. Se puede realizar un compromiso sin limitaciones o pleno, en cuyo caso inscribirá “NINGUNA” (“NONE”). En este caso seguirán siendo aplicables las limitaciones listadas en la correspondiente columna de las medidas horizontales. Si se consignan compromisos con limitaciones, puede significar una consolidación de una situación existente (“*statu quo*”) o eliminar algunas restricciones (“desmantelamiento”). Se deben inscribir las medidas incompatibles con el art. XVI o XVII que se mantengan, las cuales deben ser descriptivas y señalando los elementos incompatibles. Finalmente puede darse el caso que no sea posible hacer compromiso, por no ser técnicamente viable, en este caso deberá emplearse la expresión “SIN CONSOLIDAR*” (“UNBOUND*”) junto con una nota a pie de página “Sin consolidar por no ser técnicamente viable”. Cuando el modo de suministro que se considere inaplicable pase a serlo, la anotación significará “sin consolidar”⁶¹⁹.

III. TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO EN EL AGCS PARA LOS PED

incorporación. Vid. Base de Datos de la OMC los Compromisos realizados en el sector de los servicios. Disponible en <http://tsdb.wto.org/Default.aspx>. De la cual se tiene que han presentado hasta la fecha 71 ofertas iniciales y 31 revisadas (la CE presenta una oferta por cada uno de sus Miembros – 25)

⁶¹⁸ Vid. ARUP, C., “The General Agreement on Trade in Services (Chapter 4)” *The New World Trade Organization Agreements: Globalizing Law Thought Services and Intellectual Property*, London, Cambridge, 2000, pp. 95-143, p. 116.

⁶¹⁹ Esta es una explicación breve de la consignación de los compromisos que sin duda necesita un mayor detalle para su completo entendimiento. Nos remitimos al documentos S/L/92 y a la doctrina para un mayor detalle. Vid. entre otros OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 2001, *cit.*, pp. 11–13; FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., “The General Agreement on Trade in Services”, *op. cit.*, p. 854–864; MOLINUEVO, M., “Article XX GATS”, en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 445-464, en p. 453–457.

Los PED y dentro de ellos los PMA reciben un especial reconocimiento de sus particularidades en el marco de la OMC. Existen algunas disposiciones que dan a los Miembros la posibilidad de tratar a estos países de manera más favorable que a otros Miembros, así como otras disposiciones más específicas que dan a los PED la opción de abstenerse del cumplimiento de ciertas obligaciones. Al conjunto de estas disposiciones se les conoce como "disposiciones sobre trato especial y diferenciado (TED)".

El TED se suele otorgar a los PED como un grupo y algunas veces de manera particular a algunos de ellos. Cabe señalar que a pesar de este trato generalmente en conjunto, no hay una definición de PED en el marco de la OMC y son los propios Miembros los que pueden definirse a ellos mismos como PED⁶²⁰. Si bien el art. XVIII:1 del GATT sobre *Ayuda del Estado para Favorecer el Desarrollo Económico* hace una referencia a algunas características de un PED Miembro⁶²¹, estos criterios no son considerados como una definición generalmente aceptada. Los PMA, que forman parte del conjunto de PED, sí son identificados como tales en el art. XI:2 del Acuerdo de la OMC y son aquellos reconocidos como tal por la ONU⁶²².

El concepto de TED se fundamenta en la posición de desventaja que tienen los PED en el comercio internacional y el reconocimiento de la necesidad de flexibilidad por esta desventaja, el objetivo de este trato más ventajoso es que los PED puedan beneficiarse de la liberalización del comercio y que se integren en el Sistema Multilateral de comercio. Este criterio se plasmó inicialmente en el art. XVII del GATT y está ahora presente en los diferentes Acuerdos de la OMC en más de 140 disposiciones.

En el AGCS también existe este reconocimiento de la necesidad de un trato especial para los PED, aunque con ciertas particularidades. El enfoque principal del AGCS sobre el TED no es el tradicional, en virtud del cual a todos los PED en su conjunto se les otorga un grado de consideración especial. Según la Secretaría de la OMC el AGCS se ocupa de las preocupaciones y

⁶²⁰ Esto es conocido en el marco de la OMC como principio de "autoselección", pero los otros Miembros pueden no aceptar la decisión de un Miembro de acogerse a las disposiciones previstas para los PED. La definición debe tener base razonable y puede tener implicancias relacionadas a la posición que el estado tiene en otros foros económicos internacionales como la OECD.

⁶²¹ El art. XVIII:1 del GATT de sobre Ayuda del Estado para Favorecer el Desarrollo Económico. "Las partes contratantes reconocen que la consecución de los objetivos del presente Acuerdo será facilitada por el desarrollo progresivo de sus economías respectivas, especialmente en el caso de *las partes contratantes cuya economía sólo puede ofrecer a la población un bajo nivel de vida y que se halla en las primeras fases de su desarrollo.*

⁶²² Son aquellos estados que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha designado como "países menos adelantados". Entre los criterios utilizados por las Naciones Unidas para tal designación figuran: i) ingreso bajo; ii) mala situación de los activos humanos; y iii) vulnerabilidad económica. Para mayor información acerca de la designación de PMA, véase: <http://unctad.org/en/Pages/ALDC/Least%20Developed%20Countries/UN-recognition-of-LDCs.aspx>. Ver también el mapa actual de los 48 países PMA en <http://unctad.org/en/Pages/ALDC/Least%20Developed%20Countries/LDC-Map.aspx>.

necesidades de los PED, especialmente, asegurando la flexibilidad apropiada sobre una base individual⁶²³. Si bien es cierto que el AGCS contiene también un marco más específico, pero laxo, de disposiciones que puede asimilarse a un TED en servicios.

De esta forma, son dos los componentes que, a nuestro ver, conforman el enfoque del AGCS sobre las necesidades de los PED. El primero es el más general, que se relaciona con la arquitectura flexible del Acuerdo. Esta arquitectura permite a todos los Miembros, y a los PED en particular, contraer compromisos de liberalización que se ajusten a sus específicos intereses comerciales y de política pública, así como a sus necesidades de desarrollo⁶²⁴. La flexibilidad del AGCS se ve reflejada en el carácter de sus dos tipos de disposiciones⁶²⁵: Primero, disposiciones que contienen obligaciones de aplicación general, las cuales son asumidas por los todos Miembros, independientemente de los compromisos específicos asumidos en el sector de los servicios. Como hemos analizado, dentro de estas obligaciones las más importantes son las de NMF, obligaciones de transparencia y las relacionadas con la reglamentación nacional, y en gran medida, el alcance de estas obligaciones es bastante limitado. Segundo, las disposiciones que contienen obligaciones específicas derivadas de los compromisos en el sector de servicios, cuyos términos y condiciones se definen en dichos compromisos. Mediante estos compromisos los Miembros deciden si abren sus mercados de servicios a la competencia extranjera y en qué medida realizan esta apertura al mercado, esto es el denominado enfoque de “lista positiva”.

También se refleja la flexibilidad en la posibilidad de excluir o escoger los modos de suministros, sectores o subsectores de servicios respecto de los cuales se comprometen o no se comprometen los Miembros. Los Miembros determinan el contenido de los compromisos de AM y TN y se pueden imponer limitaciones o condiciones en el acceso que se otorgue, o discriminar contra proveedores extranjeros, siempre que se incluyan dichas limitaciones en sus compromisos. El AGCS también establece la posibilidad de acogerse a las excepciones generales del trato de NMF y por ende los Miembros pueden discriminar entre proveedores extranjeros, también pueden

⁶²³ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aplicación de las Disposiciones Sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC. Examen de las Disposiciones Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado*, Nota de la Secretaría, Corrigendum, Doc. WT/COMTD/W/196, 14 June 2013, p. 66; OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC*, Nota de la Secretaría, Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1, 21 de septiembre 2001, p. 89; OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Información acerca de la utilización de las disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado*, Nota de la Secretaría, Addendum., Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.4, 7 de febrero 2002, p. 45.

⁶²⁴ En este sentido se habla del “AGCS a la carta”, por la posibilidad de los Miembros de hacer compromisos de AM y TN y limitaciones a los mismos. Sobre la arquitectura de los compromisos específicos del AGCS y el funcionamiento de la liberalización progresiva en el AGCS, ver los apartados más arriba sobre liberalización progresiva.

⁶²⁵ Vid. OECD, "Special and Differential Treatment Under the GATS", *op. cit.*, pp. 8–9 (el cuál se ha analizado en el primer apartado).

acogerse a la excepción del trato de NMF si son parte de acuerdos de integración regional notificado de conformidad con el art. V⁶²⁶. De esta forma, se permite que los compromisos de AM que contraigan los PED sean menores que los que están otorgando realmente en el mercado⁶²⁷.

Los Miembros pueden, asimismo, comprometerse a una liberalización en una fecha futura⁶²⁸. Los Miembros mediante los llamados “*pre commitments*” se comprometen a eliminar en el futuro a una medida restrictiva al comercio que se está aplicando actualmente. Se realizará este tipo de compromisos a futuro “cuando proceda”, esto se refiere a la situación en que la fecha de implementación difiere de la fecha de entrada en vigor del compromiso⁶²⁹. Esta medida es conveniente para los PED ya que suelen requerir tiempo adicional para que los sectores comprometidos se ajusten a la competencia internacional o para la adecuación de sus marcos regulatorios e institucionales. Por ejemplo, esta disposición ha sido usada por China, que ha asumido varios “*pre commitments*” sobre disciplinas de AM, que entraron en vigor en el lapso de 1 a 5 años de su acceso a la OMC⁶³⁰.

Estos diferentes aspectos de la flexibilidad del Acuerdo han hecho que varios autores consideren al AGCS como “*development friendly*”⁶³¹. Este enfoque implica una flexibilidad general aplicada a todos los Miembros de la OMC y no específica para los PED. La mayoría de los PED consideraron que este enfoque era el apropiado para el contexto de los servicios, ya que el sistema de TED del GATT aplicado para las mercancías no tuvo un claro efecto positivo⁶³². Sin embargo, también se plantea ahora si esta flexibilidad por sí sola puede o no garantizar el nivel apropiado de TED para los PED⁶³³. En este sentido, el alcance de la flexibilidad de las disposiciones del AGCS suele considerarse por algunos especialistas como limitado y se cuestiona en qué medida esta arquitectura flexible del AGCS se ocupa de manera efectiva de las necesidades e inquietudes de los

⁶²⁶ Ver el art. V, que requiere que los acuerdos tengan cobertura sectorial sustancial, dicha excepción puede solicitarse al momento de incorporarse a la OMC y debería durar no más de 10 años.

⁶²⁷ Es decir, a diferencia del GATT, no es necesario en el AGCS que los compromisos representen el nivel real de apertura, es decir su “*statu quo*”.

⁶²⁸ Según el art. XX:1 d): “Cada Miembro consignará en una lista los compromisos específicos que contraiga de conformidad con la Parte III del presente Acuerdo. Con respecto a los sectores en que se contraigan tales compromisos, en cada Lista se especificarán: [...] d) cuando proceda, el marco temporal para la aplicación de tales compromisos.”

⁶²⁹ Vid. Informe del Grupo Especial, *México — Telecomunicaciones*, Doc. WT/DS204/R, *cit.*, párr. 7.368.

⁶³⁰ Vid. MOLINUEVO, M., “Article XX GATS”, *op. cit.*, p. 457; FINK, C., “Macroeconomic Perspective on China’s Liberalization of Trade in Services”, en GAO, H. Y LEWIS, D. (eds.), *China’s Participation in the WTO*, London, Cameron May, 2005, pp. 161-180.

⁶³¹ Vid. MASHAYEKHI, M., OLARREAGA, M. Y PORTO, G., “Services, Trade and Development”, UNCTAD, New York and Geneva, 2011; MARCONINI, M., “Regional Agreements and their impact on services trade”, ICTSD Policy Paper on Trade in Services and Sustainable Development, 71, Geneva, 2006; OECD, “Special and Differential Treatment Under the GATS”, *op. cit.*, p. 7.

⁶³² Ver las Negociaciones de la Ronda Uruguay, la posición de los PED sobre la arquitectura del AGCS.

⁶³³ Vid. OECD, “Special and Differential Treatment Under the GATS”, *op. cit.*, p. 8.

PED⁶³⁴. HOEKMAN, por ejemplo, apunta que existe una presunción general de que todos los Miembros negociarán compromisos de liberalización, presunción que permite a los Miembros realizar compromisos diferenciados, permitiendo una reciprocidad equilibrada. Sin embargo, la práctica de las negociaciones viene demostrando que el interés en realizar compromisos multilaterales es limitado.

El segundo componente del AGCS, respecto a los intereses particulares y dificultades de los PED, lo constituye un conjunto de disposiciones específicas sobre TED, cuyo alcance e implementación, aunque limitadas, inciden especialmente en los compromisos de liberalización de los PED; ya que permite a los PED tener una mayor discrecionalidad para asumir dichos compromisos. Estas disposiciones buscan en esencia que se otorgue a los PED un acceso preferencial a los mercados en el marco del AGCS. Más que un acceso preferente, se trata de buscar una mayor participación de los PED en el CIS, se incluyen también algunas exenciones sobre determinadas obligaciones, que pueden ser temporales o permanentes, y disposiciones sobre facilitación en asistencia técnica.

En el análisis del alcance de estas disposiciones específicas sobre los PED en el AGCS, éstas deben ser entendidas en su conjunto, junto con las otras disposiciones del Acuerdo⁶³⁵ y se debe considerar que pueden tener un carácter vinculante o voluntario. La disposición más específica respecto a los PED es el art. IV sobre la *Participación creciente de los PED*. Otras disciplinas del AGCS como las relacionadas con la liberalización progresiva del art. XIX:2 y art. XIX:3, sobre transparencia en el art. III y subvenciones del art. XV son también de especial interés para los PED⁶³⁶. A estas disposiciones hay que añadirles otras en las que se hace especial referencia a los PED, como los preceptos que operan en el Preámbulo del AGCS. Así también se incluyen algunas de las disposiciones sobre cooperación técnica del art. XXV, las disposiciones sobre los acuerdos de integración económica del art. V:3, las disposiciones sobre las dificultades de la balanza de pagos del art. XII:1 y las del Anexo en telecomunicaciones que hacen referencia a los PED.

Estas disposiciones sobre TED del AGCS son clasificadas según la Secretaría de la OMC como disposiciones obligatorias o no obligatorias⁶³⁷. Las disposiciones obligatorias se subdividen

⁶³⁴ Para lo cual se debe tomar en consideración la creciente importancia del sector de los servicios en los PED y los potenciales beneficios y dificultades de un mayor CIS para estos países. Cuestión que se trató en un capítulo anterior, ver apartado. .

⁶³⁵ Vid. OECD, "Special and Differential Treatment Under the GATS", *op. cit.*, pp. 7-9.

⁶³⁶ Como HOEKMAN sugiere, son pocas las disciplinas de especial interés para los PED. Vid. HOEKMAN, B., "Tentative First Steps: An Assessment of the Uruguay Round Agreement on Services", World Bank Conference on The Uruguay Round and the Developing Economies, World Bank, World Bank Discussion Paper Series 307, Washington, DC, 1995, p. 125.

⁶³⁷ Para establecer la distinción entre disposiciones obligatorias y disposiciones no obligatorias en términos generales se aplica el criterio siguiente en la terminología: las disposiciones obligatorias son aquellas en las que se utilizan términos imperativos, como el futuro simple del verbo principal (en inglés "shall"), y las disposiciones no obligatorias son aquellas en las que se utilizan términos no imperativos, como

en obligaciones de resultado (se exige que los Miembros obtengan un resultado determinado) y obligaciones de comportamiento (se exige que los Miembros adopten un comportamiento determinado), sin embargo, esta distinción no siempre está clara⁶³⁸. También se hace algunas veces una diferenciación entre obligaciones colectivas o individuales⁶³⁹.

En la Tabla 4 se resumen las disposiciones que, desde una perspectiva amplia, constituirían el TED en el AGCS, según la tipología presentada por la Secretaría de la OMC⁶⁴⁰. Algunas de las características generales de estas disposiciones son las siguientes:

En el caso de las *Disposiciones cuya finalidad es aumentar las oportunidades comerciales de los PED Miembros* del AGCS, a menudo, este tipo de disposiciones revisten la forma de una cláusula “de máximo empeño”. Las disposiciones del art. IV:1 y art. IV:2 se consideran que son de aplicación obligatoria en tanto que las del Preámbulo no revestirían este carácter. Las medidas adoptadas por los Miembros con arreglo a algunas de estas disposiciones deben notificarse expresamente a los demás Miembros y las listas de los compromisos contraídos por los Miembros en el marco del AGCS contienen información sobre la aplicación de tales disposiciones.

Las *Disposiciones en virtud de las cuales los Miembros de la OMC deben salvaguardar los intereses de los PED Miembros* en el AGCS están en el Preámbulo, los arts. XII:1, XV:1 y XIX:3,

formas verbales compuestas con el auxiliar "debería" en futuro (en inglés "should"). OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC: Examen de las Disposiciones Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado*, Nota de la Secretaría, Addendum, Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.2, 21 de diciembre 2001, p. 4. *Vid.* también OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC: Disposiciones obligatorias y no obligatorias sobre trato especial y diferenciado*, Nota de la Secretaría, Corrigendum, Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1/ADD.1/Corr.1, 4 de febrero 2002, p. 2.

⁶³⁸ Una crítica dada por el South Centre al enfoque de la Secretaría de la OMC es que un criterio lingüístico no es suficiente para identificar a una obligación como vinculante. *Vid.* SOUTH CENTRE, "Review of the Existing Special and Differential Treatment Provisions: Implementing the Doha Mandate", SC/TADP/AN/SDT/1, May 2002.

⁶³⁹ Según la tipología elaborada por la Secretaría de la OMC: OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC: Examen de las Disposiciones Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado*, Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.2, 2001, *cit.* En la 34ª reunión del Comité de Comercio y Desarrollo, se planteó la cuestión de cómo se debían tratar las disposiciones relacionadas con la tecnología en el contexto de la tipología de las disposiciones sobre TED y, en particular, si debía crearse una nueva categoría que abarcara las disposiciones relativas a la tecnología. En la actualidad, las disposiciones referentes a la transferencia de tecnología se clasifican en función de las diferentes categorías de la tipología existente para el TED. Así por ejemplo, las disposiciones del art. IV del AGCS relacionadas con la tecnología entran dentro de la categoría de disposiciones cuya finalidad es aumentar las oportunidades comerciales de los PED Miembros.

⁶⁴⁰ Se han identificado seis tipos de disposiciones sobre TED en los diferentes acuerdos de la OMC: i) disposiciones cuya finalidad es aumentar las oportunidades comerciales de los PED Miembros; ii) disposiciones en virtud de las cuales los Miembros de la OMC deben salvaguardar los intereses de los PED Miembros; iii) flexibilidad de los compromisos, las medidas y utilización de instrumentos de política; iv) períodos de transición; v) asistencia técnica; vi) disposiciones relativas a los PMA Miembros. *Vid.* OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC*, Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1, 2001, *cit.*, p. 7–12.

las dos últimas son de carácter obligatorio e implican que los Miembros deben adoptar o evitar ciertas medidas.

Las *Disposiciones relacionadas con la flexibilidad de los compromisos y medidas y utilización de instrumentos de política* se plasman en los arts. III:2, V:3 y XIX:2, y en el Anexo sobre Telecomunicaciones párr. 5 g); son de carácter optativo y tienen importancia en tanto que facilitan la aplicación de políticas comerciales dentro del contexto más amplio de las políticas de desarrollo. Según la Secretaría, este tipo de disciplinas tiene un rol importante en aquellas normas de la OMC que han trascendido de las tradicionales medidas en la frontera del tipo de las previstas en el marco del GATT, como es el caso del AGCS⁶⁴¹.

Las disposiciones sobre *asistencia técnica* están en el AGCS art. XXV:2 y en el Anexo sobre Telecomunicaciones párr. 6. A pesar de que las disciplinas sobre asistencia técnica suelen estar ligadas a las que establecen periodos de transición para el cumplimiento de los Acuerdos, este no es el caso del AGCS, el cual no ha estipulado periodos de transición. Lo cual se entiende por el carácter flexible en el cumplimiento de varias de sus principales disposiciones.

Las disposiciones relativas a los *países menos adelantados* Miembros pueden estar relacionadas con las distintas categorías de disposiciones antes señaladas, en caso del AGCS están en el art. IV:3 y XIX:2 (2, 2), y se refieren al tipo de disposiciones en virtud de las cuales se deben salvaguardar los intereses de los PED.

Tomando en cuenta esta clasificación general, realizaremos un análisis más detallado en los siguientes apartados.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 9.

Tabla 4: Cuadro de Clasificación de las disposiciones sobre TED del AGCS

TIPO DE DISPOSICIÓN CARACTERÍSTICA ⁶⁴²	i) Disposiciones cuya finalidad es aumentar las oportunidades comerciales de los PED	ii) Disposiciones en virtud de las cuales los Miembros de la OMC deben salvaguardar los intereses de los PED	iii) Flexibilidad de los compromisos, las medidas, y utilización de instrumentos de política	iv) Períodos de transición	v) Asistencia técnica	vi) Disposiciones relativas a los países menos adelantados Miembros
<i>Numero de disposiciones</i>	3	4	4		2	2
<i>Obligatorias</i>	art. IV, párr. 1	art. XV párr. 1			art. XXV párr. 2	art. IV párr. 3
	art. IV párr. 2	art. XIX. párr. 3			Anexo sobre Telecomunicaciones, párr. 6 c)	art. XIX párr. 3
<i>No obligatoria</i>	Preámbulo	Preámbulo				
		art. XII párr. 1				No hay disposiciones cuya finalidad es aumentar las oportunidades comerciales ni sobre asistencia específicas para los PMA.
<i>Optativas para los PED</i>			art. III,). párr. 4			
			art. V, párr. 3			
			art. XIX párr. 2			
			Anexo sobre Telecomunicaciones Párr. 5 g)			

Fuente: Elaboración propia, en base al Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1 de la Secretaría de la OMC

A. El Preámbulo del AGCS y el derecho a regular de los PED

El contenido del Preámbulo del AGCS respecto a los PED tiene como objetivos aumentar las oportunidades comerciales y salvaguardar los intereses de estos países⁶⁴³. Se trata de disposiciones

⁶⁴² La distinción entre disposiciones "obligatorias" y "no obligatorias" no se aplica a las disposiciones comprendidas en las categorías iii) y iv), ni tampoco a algunas de las disposiciones correspondientes a la categoría vi). Estas disposiciones especifican los niveles de flexibilidad y los períodos de transición a que los PED pueden optar si así lo desean. Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC: Disposiciones obligatorias y no obligatorias sobre trato especial y diferenciado*, Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1/ADD.1/Corr.1, 2002, *cit.*, p. 342.

⁶⁴³ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC*, Nota de la Secretaría, Doc. TN/CTD/W/33, 8 de junio 2010, p. 68. Las obligaciones dimanantes de las disposiciones de este artículo se reflejan en el documento "Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios" (S/L/93 y S/L/93/Corr.1), en particular en los párrafos 1 y 2 de la sección I ("Objetivos y principios"). Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices y procedimientos*

de carácter no obligatorio, cabe recordar que el texto de un preámbulo en los tratados internacionales no tiene por objeto el crear obligaciones, sino señalar los objetivos y principios básicos del acuerdo y servir de orientación en la interpretación de los derechos y obligaciones establecidos en el mismo⁶⁴⁴.

Esta declaración de intenciones del preámbulo puede ser usada como un instrumento interpretativo para la aplicación de las disposiciones operativas del AGCS para los PED. Se debe considerar que la interpretación del AGCS debe tomar en consideración todos los elementos de la regla general de interpretación del art. 31 de la CVDT, incluidos el objeto y fin del tratado, que suele estar reflejado en el preámbulo. Hasta el momento, la casuística de los órganos resolutorios de la OMC se ha caracterizado por basarse principalmente en la interpretación gramatical y lógica-sistemática, prevaleciendo de esta forma la interpretación literal⁶⁴⁵. Si bien es cierto que en algunos casos el Órgano de Apelación ha realizado algunas interpretaciones teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado, esto no suele ser usual⁶⁴⁶. Además, el Órgano de Apelación ha reconocido la necesidad de utilizar el método teleológico de una manera prudente⁶⁴⁷. En el ámbito de AGCS, en el caso *Estados Unidos – Juegos de Azar*, la doctrina observa que el Órgano de Apelación parece estar intentando desenmarcarse de un enfoque textual, pero que todavía no se ha asumido un enfoque holístico para la interpretación del tratado⁶⁴⁸.

En el caso *China – Publicaciones y productos audiovisuales*⁶⁴⁹, el Órgano de Apelación revisó la apelación de China, basada en el art. XVII del AGCS y en particular sobre el planteamiento del

para las negociaciones sobre el comercio de servicios, reuniones extraordinarias, el 28 de marzo de 2001, Doc. S/L/93, 29 de marzo 2001.

⁶⁴⁴ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Disposiciones no Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC*, Nota de la Secretaría, Addendum, Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.3, 4 de febrero 2002, p. 10.

⁶⁴⁵ Vid. FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho Internacional: Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional General*, op. cit., p. 219. Según VAN DAMME, la interpretación del Órgano de Apelación que ha dado aparentemente una excesiva atención al lenguaje del Tratado, es correcta a pesar de parecer un enfoque exagerado, ya que generalmente suele contextualizar las definiciones o significados. Vid. VAN DAMME, I., "Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body", *The European Journal of International Law*, vol. 21, no. 3, 2010, pp. 605-648, p. 621.

⁶⁴⁶ Vid. MATSUSHITA, M., "Some Thoughts on the Appellate Body", en MACRORY, P. F. J., APPLETON, A. E. Y., et al. (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer, 2005, pp. 1389-1403, p. 1397. En referencia a la interpretación del caso *Canadá – Aeronaves*, vid. Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, (*Canadá — Aeronaves*), Doc. WT/DS70/AB/R, 2 de agosto de 1999.

⁶⁴⁷ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, (EEUU - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior), Doc. WT/DS152/R, 22 de diciembre de 1999, párr. 7.92.

⁶⁴⁸ Vid. ORTINO, F., "Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US - Gambling: A Critique", op. cit., p. 146.

⁶⁴⁹ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, (*China — Publicaciones y productos audiovisuales*), Doc. WT/DS363/AB/R, 21 de diciembre de 2009, párr. 338–339. En este caso, el Grupo Especial interpretó el listado de compromisos de China,

Grupo Especial al interpretar el alcance de la anotación del listado de compromisos relativa a “servicios de distribución de grabaciones de sonidos”, señalando que abarca la distribución electrónica de grabaciones sonoras. Específicamente sobre el significado ordinario de “servicios de distribución de grabaciones de sonidos”, el análisis fue realizado bajo los arts. 31(1) y 32 de la CVDT y considerando en su contexto y a la luz de objeto y fin del tratado. El Órgano de Apelación confirmó la interpretación del Grupo Especial, en concreto respecto al objeto y fin del tratado, en el sentido que los compromisos en servicios de distribución de grabaciones de sonidos son compatibles con el objeto y fin del AGCS y en particular con el principio de liberalización progresiva. El Órgano de Apelación estuvo en esencia de acuerdo con el Grupo Especial y encontró que su interpretación de “en servicios de distribución” era compatible con los objetivos listados en el Preámbulo⁶⁵⁰

En relación a los PED el Preámbulo del AGCS presenta dos elementos concretos:

- El desarrollo de los PED se presenta como una de las metas del AGCS y para ello se busca fortalecer la participación de estos países en el CIS así como el especial reconocimiento de las necesidades especiales de los PMA.
- Partiendo del reconocimiento del derecho a regular el comercio de servicios en virtud de las particulares metas de políticas nacionales, el Preámbulo reconoce las condiciones y necesidades especiales de los PED en el ejercicio de este derecho.

La meta del desarrollo de los PED se propone como complementaria a la meta del crecimiento económico del AGCS⁶⁵¹, en este contexto, la expansión del CIS constituye el medio para conseguir dichas metas. Los Miembros manifiestan además la importancia de la participación de los PED en el CIS y su deseo de fortalecerla. Junto a la meta del desarrollo está el deseo de “facilitar la participación creciente de los países en desarrollo en el comercio de servicios y la expansión de sus exportaciones de servicios mediante, en particular [*inter alia*], el fortalecimiento de su capacidad

concluyendo que la anotación relativa a “Servicios de distribución de grabaciones de sonidos” abarca *la distribución por medios electrónicos de grabaciones sonoras* y, por lo tanto, que determinadas disposiciones de las medidas por las que se regula dicha distribución (prohibiendo que empresas con capital extranjero distribuyan grabaciones de sonido electrónicamente en China, mientras no imponen prohibiciones similares a proveedores nacionales) son incompatibles con los compromisos en materia de trato nacional consignados por China en su Lista en virtud del art. XVII del AGCS. Esta interpretación fue confirmada por el Órgano de Apelación.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, párr. 392; DELIMATSI, P., "Protecting Public Morals in a Digital Age: Revisiting the WTO Rulings on US – Gambling and China – Publications and Audiovisual Products", *Journal of International Economic Law*, vol. 14, no. 2, 2011, pp. 1-37. Sobre la interpretación evolutiva, *vid.* por ejemplo, CONDON, B. J., "China – Publicaciones y Productos Audiovisuales, Informe del Órgano de Apelación", *Revista de Derecho Económico Internacional*, vol. 1, no. 1, 2010, pp. 97-112, en p. 110.

⁶⁵¹ *Vid.* HESTERMEYER, H., "Preamble GATS", *op. cit.*, p. 22.

nacional en materia de servicios y de su eficacia y competitividad”⁶⁵². Se ha comentado respecto a los medios señalados en el Preámbulo para ampliar la participación de los PED, que la “eficiencia y competitividad” no hacen referencia al fortalecimiento de la capacidad nacional de los PED, sino que se refieren a los sectores del comercio de servicios de los PED⁶⁵³, y que de otro modo el AGCS se ocuparía de cuestiones internas que no son de su competencia. Por otro lado, una interpretación más literal es que la eficiencia y competitividad deseada están en relación con la capacidad nacional de servicios. Según MUNIN esta interpretación puede ser aceptable si se toma en consideración la especial importancia que tiene el marco regulatorio nacional en el sector de los servicios y si se relaciona con la fórmula similar que aplica el art. IV:1 del AGCS⁶⁵⁴.

El reconocimiento de la soberanía de los Miembros en la conducción de sus políticas nacionales, y en particular respecto a su autonomía regulatoria en el sector de los servicios, se explicita en el Preámbulo del AGCS⁶⁵⁵. El principio de soberanía regulatoria de los Estados Miembros es expresado por el tratamiento deferente y poco estricto de las disciplinas multilaterales de liberalización comercial respecto a las intervenciones gubernamentales en forma de regulaciones nacionales⁶⁵⁶. Los Miembros han señalado en varias ocasiones que el AGCS acepta y protege la legitimidad de los gobiernos para elaborar con autonomía sus normativas nacionales conforme a sus necesidades de política nacional, según lo estipulado en el Preámbulo del AGCS⁶⁵⁷. Además, los PD han resaltado la prevalencia del principio del derecho a regular. Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, Australia, que manifiesta que "el Preámbulo del AGCS, que reconocía inequívocamente el derecho de los Miembros a reglamentar, es de rango superior"⁶⁵⁸.

⁶⁵² Vid. Preámbulo del AGCS, recital 5°.

⁶⁵³ Vid. HESTERMEYER, H., "Preamble GATS", *op. cit.*, p. 28–29. Revisar el Preámbulo en la versión en francés del AGCS.

⁶⁵⁴ Vid. MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, *op. cit.*, p. 324.

⁶⁵⁵ El inciso 4° del Preámbulo del AGCS expresa: "Reconociendo el derecho de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional, y la especial necesidad de los PED de ejercer este derecho, dadas las asimetrías existentes en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones sobre servicios en los distintos países".

⁶⁵⁶ Cabe apuntar que la intervención gubernamental en el mercado puede presentar diferentes formas de restricciones de acceso al mercado (como cuotas de importación o limitaciones en el número de prestadores de servicios) y estar definidas como reglamentación nacionales, ya sea como estándares de la salud, requisitos sanitarios, impuestos internos, entre otros.

⁶⁵⁷ En el curso de las negociaciones sobre las nuevas disciplinas del art. VI, en los debates sobre los objetivos de las disciplinas y la prueba de necesidad, varios Miembros han venido expresando la evidente legitimidad de los objetivos normativos nacionales, o la existente preservación de la autonomía reglamentaria y objetivos normativos. Ver por ejemplo la intervención de las Comunidades Europeas en OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 20 de marzo de 2001*, Doc. S/WPDR/M/10, 10 de mayo 2001, párr. 30, y la declaración de Australia en OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 29 de noviembre de 2000*, Doc. S/WPDR/M/9, 12 de marzo 2001, párr. 17.

⁶⁵⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 29 de noviembre de 2000*, Doc. S/WPDR/M/9, 2001, *cit.*, párr. 17. Ver además el estudio sobre la prueba de necesidad y las negociaciones sobre el art. VI en el Capítulo IV, p. Se afirma que el derecho a

Sin embargo, se ha generado la duda sobre la efectividad del derecho soberano de regular y sobre el carácter de obligatoriedad de este principio de autonomía regulatoria expresado en el Preámbulo del AGCS. Esta duda ha sido expresada especialmente por algunos PED en las mismas negociaciones. Cabe apuntar que este principio de soberanía regulatoria en el sector de los servicios tiene además en el Preámbulo un acápite especial sobre el ejercicio de esta soberanía en los PED, en el que se reconoce la existencia de distintos grados de desarrollo en las reglamentaciones sobre servicios en diferentes países y por tanto se reconoce una necesidad concreta para los PED, la cual convendría considerarse especialmente por los Miembros.

Sin embargo, este reconocimiento del AGCS de las particularidades y requerimientos específicos de los PED para regular conforme a sus metas de política pública ha sido considerado por una parte de la doctrina de poco valor legal⁶⁵⁹. Si bien es cierto que, al ser la política doméstica un tema sensible, el Preámbulo podría constituir un medio de especial influencia interpretativa en los órganos resolutorios del AGCS⁶⁶⁰.

En todo caso, el derecho a regular y la interpretación del Preámbulo están limitados por la obligación que tienen los Miembros de cumplir con las obligaciones derivadas del texto del AGCS y de los compromisos específicos que realicen en el sector de los servicios⁶⁶¹. Es cierto también que por un lado el AGCS apunta hacia la progresiva liberalización de los servicios⁶⁶² mientras que del otro lado reconoce el derecho de los Miembros a regular para alcanzar los objetivos de política nacional. Este objetivo liberalizador no tendría, en principio, por qué ser contrario al principio de soberanía regulatoria, siempre que en el Sistema Multilateral se alcance el balance deseado entre las disciplinas liberalizadoras y la reglamentación nacional⁶⁶³. El Preámbulo del AGCS, al reconocer el derecho de los Miembros a regular el suministro de servicios, confirma que el objetivo del AGCS no es la desregulación de los servicios, en particular en los PED.

En este sentido, ALESSANDRINI llama a un tratamiento más cauteloso de los argumentos de la OMC sobre el derecho a regular de los Miembros y llama a tener precaución especialmente con el potencial del AGCS para restringir instrumentos fundamentales de política pública de los

regular que figura en el Preámbulo es de rango superior que cualquier otro mandado del Acuerdo, como el que se deriva del art. VI (incluida la elaboración de una prueba de necesidad).

⁶⁵⁹ *Vid.* HESTERMEYER, H., "Preamble GATS", *op. cit.*, p. 26–29.

⁶⁶⁰ *Vid.* ALESSANDRINI, D., *Developing countries and the multilateral trade regime: the failure and promise of the WTO's development mission*, *op. cit.*, p. 156.

⁶⁶¹ *Vid.* SINCLAIR, S. Y GRIESHABER-OTTO, J., "Facing the Facts: A Guide to the GATS Debate", Canadian Centre for Policy Alternatives, Ottawa, 2002.

⁶⁶² Ver el recital 2º del Preámbulo del AGCS: "Deseando establecer un marco [...] con miras a la expansión de dicho comercio en condiciones [...] de liberalización progresiva y como medio de promover el crecimiento económico [...]".

⁶⁶³ Ver el estudio realizado en el Capítulo I de esta investigación.

Miembros, en tanto que potencia el poder de los inversores extranjeros, y que esto se materializa en la práctica negociadora del CIS entre países desarrollados y PED⁶⁶⁴.

Desde otra perspectiva, la diversidad en los intereses regulatorios y la presión de los PED respecto a mantener su soberanía regulatoria es uno de los motivos que generó la ambigüedad en el contenido del AGCS⁶⁶⁵. En este sentido, recordemos que el Acuerdo trata de impulsar la no discriminación pero no se limita a ello, pues por otro lado, contiene también medidas sobre AM y reglamentación nacional del art. VI que van más allá de la no discriminación entre servicios nacionales y extranjeros, y que limitan la libertad de reglamentación⁶⁶⁶.

Por otro lado, la mayoría de regulaciones nacionales de servicios no constituyen barreras contrarias para el comercio de servicios, de conformidad con lo establecido en el AGCS⁶⁶⁷. Como hemos visto, las barreras al CIS son difíciles de identificar y distinguir de los objetivos reguladores y regulaciones nacionales legítimas⁶⁶⁸.

De esta forma, el derecho a regular de los PED, especialmente reconocido en el Preámbulo del Acuerdo, parece que en la práctica está en una constante búsqueda del equilibrio con el proceso de liberalización del CIS, por lo que, en el marco de las negociaciones de servicios de la Ronda de Doha, cobra la especial importancia el desarrollo de las disciplinas de reglamentación del art. VI del AGCS.

B. Participación creciente de los PED y prioridad para los PMA

El AGCS no contiene un TED en servicios del tipo que se prevé en la parte IV del GATT sobre TED para los PED o acceso preferente a los mercados, y el lenguaje particular sobre TED se plasma esencialmente en el art. IV del AGCS⁶⁶⁹. No exceptúa a los PED de ninguna de las obligaciones del Acuerdo. Esta disposición busca un aumento de oportunidades para los PED en el CIS, en tanto reconoce la existencia de las asimetrías del desarrollo del sector de los servicios y la

⁶⁶⁴ Vid. ALESSANDRINI, D., *Developing countries and the multilateral trade regime: the failure and promise of the WTO's development mission*, *op. cit.*, p. 156–157.

⁶⁶⁵ Vid. ZDOUC, W., "Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS", *op. cit.*, p. 64; KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 57-59.

⁶⁶⁶ Ver la argumentación detallada en HOEKMAN, B., MATTOO, A. Y SAPIR, A., "The political economy of services trade liberalization: a case for international regulatory cooperation?", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 23, no. 3, 2007, pp. 367-391, en p. 386 y ss.

⁶⁶⁷ Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, pp. 477, 495–496.

⁶⁶⁸ Vid. DELIMATISIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁶⁹ Vid. HOEKMAN, B., "The GATS and Developing Countries: Why Such Limited Traction?", *op. cit.*, p. 438.

desventaja de los PED en comparación con los PD, asimismo reconoce la necesidad de tomar en cuenta a los PED en las negociaciones para la liberalización del comercio de servicios.

El art. VI:1 prescribe que “Se facilitará la creciente participación de los países en desarrollo Miembros en el comercio mundial mediante compromisos específicos negociados por los diferentes Miembros en el marco de las Partes III y IV del presente Acuerdo...” y a continuación señala algunos criterios o elementos que deben contener dichos compromisos. La Secretaría de la OMC señala que se trata de una obligación de comportamiento y no de resultado, en la medida que prevé que los Miembros negocien compromisos específicos con miras a incrementar la participación de los PED en el CIS y que esta obligación se ocupa de los Miembros, considerados individualmente mediante los “compromisos específicos negociados”⁶⁷⁰. Por otro lado, parte de la doctrina ha comentado la falta de sustancia legal de estas disposiciones, ya que no crean una obligación real para las partes⁶⁷¹. Según SEGURA, la expresión escogida para el llamamiento a los Miembros, es decir, “se facilitará”, lleva a concluir que la disposición no contiene la “obligatoriedad jurídica que sería deseable”⁶⁷².

Las obligaciones derivadas de este artículo quedan reflejadas en el documento de la Ronda de Doha sobre las directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios⁶⁷³, en particular en los objetivos y principios y en el ámbito de aplicación donde se refuerza la idea de que “las negociaciones estarán encaminadas a incrementar la participación de los países en desarrollo en el comercio de servicios” y se señala también que se “deberá prestar la debida consideración a las necesidades de los proveedores de servicios pequeños y medianos, en particular los de los países en desarrollo”. El documento también prevé que el Consejo, “al evaluar [...] el progreso de las negociaciones, considerará en qué medida se está aplicando el art. IV y sugerirá medios y arbitrios para promover los objetivos en él establecidos”. Asimismo, antes de la terminación de las negociaciones, el Consejo realizará una evaluación de los resultados alcanzados en relación a los objetivos del art. IV⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC: Examen de las Disposiciones Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado*, Doc. WT/ COMTD/W/77/Rev.1/Add.2, 2001, *cit.*, p. 348.

⁶⁷¹ Vid. ROLLAND, S. E., *Development at the World Trade Organization*, *op. cit.*, p. 127–128. ROLLAND usa el contenido del art. IV:1 para argumentar que no cada disposición sobre TED que establece objetivos generales puede leerse como un mandato para futuras acciones, por ejemplo la interpretación del art. IV:1 sobre el aumento de oportunidades para los PED no conduce a dicha interpretación.

⁶⁷² Vid. SEGURA SERRANO, A., “El comercio internacional de servicios”, *op. cit.*, en pp. 148–159.

⁶⁷³ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios*, Doc. S/L/93, 2001, *cit.* Adoptadas por el CCS, en su serie de reuniones extraordinarias, en particular en los párrafos 1 a 4 de la sección I (“Objetivos y principios”), el párr. 5 de la sección II (“Ámbito”) y en la sección III (“Modalidades y procedimientos”).

⁶⁷⁴ *Ibid.*, párr. 15.

Respecto de los “compromisos específicos” de los Miembros, que de conformidad con el art. VI:1 constituyen la principal herramienta para facilitar la participación creciente de los PED, el Acuerdo señala también en el art. IV:1 que estos compromisos están relacionados con: el fortalecimiento de la capacidad nacional y competitividad en servicios de los PED; el mejor acceso de los proveedores de servicios de los PED mediante la mejora en los canales de distribución y redes de información; y en general, con una liberalización en sectores y modos de especial interés exportador de los PED. Estos tres aspectos han sido considerados o bien como un conjunto de principios que deben ser reflejados acumulada o separadamente en los compromisos específicos⁶⁷⁵ o como los diferentes tipos de compromisos que deben potenciarse para el beneficio de los PED⁶⁷⁶. Desde nuestro punto de vista, la esencia del art. VI:1 recae en la importancia que se otorga a la negociación de compromisos específicos que beneficien a los PED y estos compromisos pueden contener, entre otros, los tres elementos mencionados en la disposición.

En relación a esos elementos cabe mencionar que el art. IV:1 a) señala sobre el fortalecimiento de la capacidad nacional de los PED en materia de servicios y de su eficacia y competitividad, que éste se da “mediante, entre otras cosas, el acceso a la tecnología en condiciones comerciales”⁶⁷⁷. El acceso a la tecnología constituye un ejemplo de los aspectos que pueden fortalecer la capacidad, eficiencia y competitividad. Otros medios pueden incluir la formación y la educación de los proveedores de servicios domésticos, el apoyo logístico y organizacional en el desarrollo del comercio e inversión extranjera directa. Además, según GROTE es previsible que el acceso a la tecnología sea en “condiciones comerciales”, ya que los diferentes Miembros no aceptarían otro tipo de compromiso, sin embargo, esto podría implicar una limitación en la efectividad de esos compromisos para lograr una mayor integración de los PED en el CIS⁶⁷⁸. El Grupo Especial ha aclarado que, si bien esta disposición así como la del literal 5 del Preámbulo “describen los tipos de compromisos que los Miembros deben contraer con respecto a los países en desarrollo Miembros; no facilitan una interpretación de los compromisos ya contraídos por esos PED Miembros”⁶⁷⁹. En este sentido, el art. IV y en particular el IV:1 no pueden servir de justificación para la aplicación de medidas discriminatorias o que incumplen otras obligaciones del Acuerdo, tal como señaló el Grupo Especial en el caso *México – Telecomunicaciones*, respecto al sector de telecomunicaciones de México, y a pesar que México adujo que sus compromisos debían ser interpretados

⁶⁷⁵ Vid. MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, *op. cit.*, p. 325.

⁶⁷⁶ Vid. GROTE, R., "Article IV GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO - Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 114-124, en p. 119.

⁶⁷⁷ Ver el art. IV:1 a).

⁶⁷⁸ Vid. GROTE, R., "Article IV GATS", *op. cit.*, p. 119.

⁶⁷⁹ Vid. Informe del Grupo Especial, *México — Telecomunicaciones*, Doc. WT/DS204/R, *cit.*, párr. 7.214.

considerando la necesidad de que los compromisos "fortalezcan su capacidad nacional en materia de servicios y su eficacia y competitividad"⁶⁸⁰.

Los compromisos específicos de conformidad con el art. VI:1 b) deben también estar orientados a mejorar el acceso a los canales de distribución y las redes de información⁶⁸¹. La inclusión de estos elementos como herramientas denota la importancia que tienen las "redes" de distribución en los servicios y su particular importancia para los proveedores de servicios de PED⁶⁸². La creación de canales físicos de distribución es también importante para la participación de los PED en las cadenas globales de valor, lo que constituye hoy en día un potencial importante para los servicios originarios de PED, como los servicios relacionados con el transporte, servicios logísticos, y servicios de telecomunicaciones, entre otros. Sin embargo, hasta la fecha, los compromisos realizados en los servicios relacionados con los canales de distribución son escasos (por ejemplo servicios de comisionistas, servicios comerciales al por mayor, servicios comerciales al por menor y servicios de franquicia)⁶⁸³. Esto, a pesar de que en las negociaciones se ha resaltado su importancia en el desarrollo de los servicios de distribución y la importancia de un mejor acceso en el Modo 3 en el sector del comercio mayorista y minorista, así como la necesidad de evitar limitaciones en la participación extranjera, y en el acceso en el Modo 1⁶⁸⁴. Los compromisos tendientes a mejorar el acceso a los canales de distribución en los PED también fomentan una regulación nacional adecuada en los sectores involucrados. Esta necesidad, en particular, fue evidenciada en el caso *CE – Banano III*, en el que se cuestionó el régimen regulatorio en materia de licencias de importación para la distribución de bananos⁶⁸⁵. Cabe señalar que en este caso los demandantes señalaron también en su solicitud de consultas que el régimen de la UE para la importación, venta y distribución de bananos era incompatible, entre otros, con el art. IV del AGCS

⁶⁸⁰ Ver la segunda declaración oral de México, párrafo 81.

⁶⁸¹ La cuestión del acceso adecuado a las redes de información ver con más detalle el estudio de la disposición del art. VI:2 sobre los puntos de contacto.

⁶⁸² Ver el Capítulo I sobre las barreras al CIS.

⁶⁸³ Solamente 57 Miembros tienen compromisos en estos sectores, 55 de las listas incluyen compromisos sobre servicios comerciales al por mayor, 54 sobre servicios comerciales al por menor, 44 sobre servicios de franquicia y 40 sobre servicios de comisionistas, 4 Miembros han consignado compromisos sobre "otros servicios de distribución". *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Nota documental. Servicios de Distribución, Nota de la Secretaría*, Doc. S/C/W/326, 29 de octubre 2010, p. 6.

⁶⁸⁴ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Informe del Presidente al Comité de Negociaciones Comerciales, Nota de la Secretaría, Corrigendum*, Doc. TN/S/20, 11 de julio 2005, p. 9.

⁶⁸⁵ Las partes reclamantes afirmaron que el régimen del banano de la CE (establecido en virtud del Reglamento 04/93 (JO L 47 de 25 de febrero de 1993, página 1 y de la legislación, reglamentos y medidas administrativas posteriores) era incompatible con la OMC en lo relativo a la importación de bananos latinoamericanos. Las disposiciones de dicho régimen en materia de licencias de importación tenían por objetivo directo las empresas distribuidoras de bananos de América del Norte y del Sur. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*

sobre participación creciente de los PED, sin embargo esta disposición no aparece mencionada en ninguna de las consideraciones del Grupo Especial⁶⁸⁶.

Finalmente el art. IV:1 c) menciona de manera exhortativa, que los compromisos específicos, a fin de beneficiar a los PED, deben dar prioridad a “*la liberalización del acceso a los mercados en sectores y modos de suministro de interés para sus exportaciones*”. En cuanto a sectores de servicios el principio de una cobertura preferente para los PED tiene una limitada trascendencia⁶⁸⁷, ya que en sectores como en turismo en los que los PED tienen una mayor actividad comercial, las restricciones no son muy significativas. En otros sectores, como los servicios profesionales, existen otros impedimentos no comerciales, sino de índole político (como migraciones y visado), por lo que una liberalización más profunda es difícil en la práctica. En relación a los modos de suministros, la preferencia podría tener mayor implicancia en el Modo 4, sin embargo su liberalización es muy limitada. En tanto que los PED presionan para que sea mayor, por la importancia económica y remesas que generarían con la inmigración temporal de trabajadores de PED y PMAs, los potenciales problemas de inmigración ilegal y aspectos sociales detienen el avance en liberalización en este modo. Los PED también tienen cierto interés en el Modo 2 que está bastante liberalizado y en el Modo 1, en el cual existen aún ciertas barreras, como en el sector turismo, que puede ser de interés de los PED. De esta forma, en los sectores y modos que se han identificado en general como prioritarios para las exportaciones de los PED no se han realizado grandes compromisos. Esto a pesar del general descontento de los Miembros en los actuales compromisos de AM, en particular en compromisos horizontales en el Modo 4⁶⁸⁸. La perspectiva general doctrinal es que una mayor liberalización multilateral en el movimiento temporal de trabajadores generaría potenciales beneficios en el CIS tanto en PD como PED. También se argumenta que una mayor liberalización evitaría los costos políticos y sociales en los países de acogida y la fuga de talentos de los países de origen. Por lo que el progreso de la liberalización en el Modo 4 se considera crucial para alcanzar el balance deseado⁶⁸⁹. Por nuestra parte, reconocemos la importancia para los PED de esta liberalización en los sectores como turismo, servicios profesionales, empresariales entre otros, la cual debe estar acompañada de una regulación nacional adecuada a las diferentes realidades e intereses nacionales.

⁶⁸⁶ Ver en particular la solicitud de celebración de consultas formulada por el Ecuador, OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC: Examen de las Disposiciones Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado*, Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.2, 2001, *cit.*.

⁶⁸⁷ Vid. MELCHIOR, A., "Services and Development. The Scope for Special and Differential Treatment in the GATS", *NUPI Report*, Norwegian Institute of International Affairs, Abril, Oslo, 2010, p. 30.

⁶⁸⁸ Vid. JARA, A. Y DOMINGUEZ, M. D. C., "Liberalization of Trade in Services and Trade Negotiations", *Journal of World Trade*, vol. 40, no. 1, 2006, pp. 113-127, p. 116.

⁶⁸⁹ Vid. GOOTHIZ, B. Y MATTOO, A., "Services in Doha: What's on the Table?", *Journal of World Trade*, vol. 43, no. 5, 2009, pp. 1013–1030, p. 1024.

En la práctica, el art. IV carece de un mecanismo que lo haga operativo, ya que como han mencionado varios autores, es esencialmente una declaración de intenciones⁶⁹⁰. En virtud de la Declaración Ministerial de Doha, que llama al fortalecimiento y operacionalización de las disposiciones sobre TED en la OMC⁶⁹¹, en este contexto se presentaron propuestas de los PED, en particular del Grupo Africano y de los PMA⁶⁹². En ellas se incluye la solicitud de fortalecer las disposiciones sobre TED del AGCS y se propuso que los PD deberían establecer “*benchmarks*” en sus diseños de cooperación financiera y técnica, que serían formuladas para fortalecer la capacidad para los proveedores de PED. Se planteó también que los PD reservaran contingentes o cuotas especiales para el suministro de servicios de los PED y que eliminarían las actuales limitaciones en el Modo 4 y no impusieran adicionales limitaciones. Finalmente, los compromisos en el AGCS deberían reflejar una proporción de al menos 40% para PED y no más de 60% para PD en términos de ganancias a corto plazo⁶⁹³. En este mismo sentido, en el documento de las modalidades para el TED de los PMA en las negociaciones del comercio de servicios⁶⁹⁴ se hace referencia al propósito general de liberalizar sectores de especial significancia para los PED, buscando en cierta forma la operatividad del mismo. A pesar de estas iniciativas, la aplicabilidad actual del art. IV:1, en particular la “preferencia en la cobertura”, es mínima. Según la Secretaría de la OMC no se han notificado a la OMC compromisos específicos contraídos de conformidad con el párrafo 1 del art. IV.⁶⁹⁵ Cabe mencionar sin embargo que se han identificado algunos compromisos de PD y otros PED que podrían estar dentro del alcance del art. IV:1, pero no es fácil determinar en qué medida en estos compromisos se están considerando efectivamente los intereses y prioridades de los PED

⁶⁹⁰ Vid. DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, op. cit., p. 32; MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, op. cit., p. 326.

⁶⁹¹ Ver el párr. 44 del Programa de Doha, vid. OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Declaración Ministerial, Adoptada el 14 de noviembre de 2001*, Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, 2001, cit.

⁶⁹² Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado*, Comunicación conjunta del Grupo Africano de la OMC. Revisión, Doc. TN/CTD/W/3/Rev.2 17 de julio 2002; OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado, propuestas conjuntas de los países menos adelantados relativas al trato especial y diferenciado, Addendum*, Doc. TN/CTD/W/4/Add.1, 1º de julio 2002.

⁶⁹³ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado*, Doc. TN/CTD/W/3/Rev.2 2002, cit.

⁶⁹⁴ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Modalidades para el Trato Especial de los Países Menos Adelantados Miembros en las negociaciones sobre el comercio de servicios. Adoptadas el 3 de septiembre de 2003*, Doc. TN/S/13, 2003, cit. (Explicar la trascendencia de las modalidades).

⁶⁹⁵ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC*, Doc. TN/CTD/W/33, 2010, cit., p. 69. Se han realizado varios debate sobre el contenido efectivo de esta disposiciones, se ha señalado por ejemplo que los PD deberían adoptar compromisos comercialmente significativos en esferas de interés para los PED, para que el art. IV tuviera sentido y efectividad, vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe de la reunión celebrada los días 19 y 20 de julio de 1999*, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/M/38, 13 de septiembre 1999.

en la Ronda de Doha⁶⁹⁶. A pesar de estas circunstancias, sigue siendo importante potenciar la realización de estos compromisos orientados al desarrollo, y es también relevante destacar la importancia que podrían tener los compromisos de ciertos PED como los BRICS, en particular en lo referido al acceso a los canales de distribución y el acceso al mercado de PED y PMAs.

El art. IV:2 establece que los PD establecerán “puntos de contacto⁶⁹⁷”, esto se realizaría dentro de los dos años a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo. El establecimiento de un punto de contacto debe ser notificado al CCS⁶⁹⁸. Se señala también que los “demás Miembros” establezcan puntos de contacto “en la medida de lo posible”. Se entenderá por “otros Miembros” a los que no están en la categoría de PD, éstos son los considerados como economías emergentes, PED y PMA. Esta disposición se clasifica como una obligación de resultado, ya que prescribe claramente que se logre el establecimiento de puntos de contacto dentro de un plazo determinado, la obligación requiere a los Miembros considerándolos individualmente⁶⁹⁹.

La creación de puntos de contacto tiene como fin facilitar a los proveedores de PED obtener información “referente a sus respectivos mercados”. En términos generales, propiciará un aumento de su competitividad y el acceso a los mercados de los países desarrollados. La disposición señala además que la información referente a los mercados estará relacionada con: los aspectos

⁶⁹⁶ Vid. UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DE COMERCIO Y DESARROLLO, "Servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional, Nota de la Secretaría", *Reunión multianual de expertos sobre servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional de 23 a 24 de febrero de 2012*, TD/B/C.I/MEM.3/11, Ginebra, 2011; HOEKMAN, B., MARTIN, W. Y MATTOO, A., "Conclude Doha: it matters!", *World Trade Review*, vol. 9, no. 03, 2010, pp. 505-530; MARTIN, W. Y MATTOO, A., "The Doha Development Agenda: What's on the table?", *Journal of International Trade and Economic Development*, vol. 19, no. 1, 2009, pp. 81-107 (revisar si corresponde)

⁶⁹⁷ Los llamados puntos de contacto operan generalmente mediante las existentes oficinas de información de los países o departamentos de gobiernos que se ocupan de aspectos relacionados con el CIS. Los puntos de contacto establecidos en el marco de la OMC son generalmente organizados en la forma de un único punto central de información dentro de un ministerio de gobierno. Los puntos de contacto proporcionan servicios de enlace (“*liaison services*”) para el intercambio de información entre la OMC y sus Miembros. Dichos servicios pueden incluir información sobre el contenido del régimen regulatorio de servicios, sobre los modos de suministro de servicios en un Miembro en particular, sobre el registro o reconocimiento, obtención de titulaciones profesionales y de la disponibilidad de tecnología en materia de servicios, entre otros. Vid. NARTOVA, O., "Article XXV GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 517-523, en pp. 519-520.

⁶⁹⁸ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Decisión sobre la Notificación del Establecimiento de Servicios de Información y Puntos de Contacto, Adoptada por el Consejo del Comercio de Servicios el 28 de mayo de 1996*, Doc. S/L/23, 26 de junio 1996. El 27 de junio de 1996 el CCS publicó por primera vez una lista con los servicios de información y puntos de contacto, cuya recopilación actualizada aparece en: OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Servicios de Información y Puntos de Contacto Notificados Al Consejo del Comercio de Servicios*, Nota de la Secretaría - Revisión, Doc. S/ENQ/78/Rev.15, 4 de febrero 2015.

⁶⁹⁹ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC: Examen de las Disposiciones Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado*, Doc. WT/ COMTD/W/77/Rev.1/Add.2, 2001, *cit.*, p. 18.

comerciales y técnicos del suministro de servicios; el registro, reconocimiento y obtención de títulos de aptitud profesional; y la disponibilidad de tecnología en materia de servicios. La interpretación doctrinal del art. VI:2 ha entendido la información que se debe dar sobre los mercados desde un sentido amplio, abarcando también la información indirectamente relacionada con el mercado, lo que incluiría la información sobre otros mercados relacionados, sobre acuerdos de integración económicas⁷⁰⁰. En este mismo sentido, se han pronunciado también algunos Miembros de PED al inicio de las negociaciones de servicios⁷⁰¹.

Existe una relación entre el art. IV:2 y las obligaciones de transparencia del art. III que vale la pena explicar. Respecto al art. III:3 que establece para los Miembros la obligación de informar al CCS sobre nuevas normas y regulaciones que afecten al CIS de sus compromisos, el art. VI:2 amplía en cierta medida la obligación de información, al requerir que se establezcan los puntos de contacto para los proveedores de servicios; respecto de la información sobre el mercado doméstico relevante es también mayor la obligación ya que no es solamente de índole normativa⁷⁰².

El art. III:4 es muy parecido al art. IV:2 en tanto que estipula la obligación de crear servicios encargados de facilitar información específica a los Miembros que lo soliciten, respecto de medidas de aplicación general, acuerdos internacionales y otras regulaciones que afecten al CIS. La obligación del art. IV:2, por otro lado, parece ser más específica, ya que implica que la información que se facilite a los proveedores de servicios de PED se relacione en concreto con tres aspectos prioritarios y se realice mediante una estructura institucional determinada. Según GROTE, si bien estos requisitos de información deben darse respecto de todos los sectores y modos de servicios, parecen ser especialmente relevantes en los Modos 2 y 4⁷⁰³. Adicionalmente, haciendo un paralelismo con el estudio realizado por PANIZZON, consideramos que la obligación del art. IV:2

⁷⁰⁰ Vid. MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, op. cit., p. 327. Ver la referencia a “aspectos comerciales del art. IV:2 en el párrafo introductorio que señala: “ Los Miembros [...] establecerán puntos de contacto [...] para facilitar a los proveedores de servicios de los países en desarrollo Miembros la obtención de información, referente a sus respectivos mercados, en relación con: ...”

⁷⁰¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS. SERIE DE REUNIONES EXTRAORDINARIAS, *Participación creciente de los países en desarrollo en el comercio internacional de servicios: aplicación efectiva del artículo IV del AGCS*, Comunicación de Cuba, el Pakistán, el Senegal, Sri Lanka, Tanzania, Uganda, Zambia y Zimbabwe, Doc. S/CSS/W/131, 6 de diciembre 2001, p. 3. Los comunicantes señalan que “[...] la información a la que se hace referencia en los apartados a) a c) es muy amplia y va más allá de los intereses de exportación de los proveedores de servicios de los países en desarrollo”.

⁷⁰² En este sentido presentó Canadá la comunicación sobre sus puntos de contacto, con el objetivo de que la mayor transparencia sea un instrumento en la promoción de una mayor participación de los PED en el CIS. Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Información sobre el mercado y la reglamentación de interés para los proveedores de servicios*, Comunicación de las Canada, Doc. TN/S/W/41, 25 de mayo 2005, párr. 1–2. La comunicación señala: “El Canadá espera con interés que prosiga el debate sobre la manera de mejorar las normas relativas a la transparencia en materia reglamentaria en el contexto del proceso de negociación, pero también creemos que tiene ventajas considerables e inmediatas ofrecer información sobre el mercado de servicios y el marco reglamentario canadienses”. Vid. también GROTE, R., “Article IV GATS”, op. cit., p. 121.

⁷⁰³ Vid. GROTE, R., “Article IV GATS”, op. cit., p. 121.

puede ser considerada como una norma “*individual rights-like*” (parecida a un derecho individual), en tanto que afecta directamente a los individuos, pero que su implicancia no va tan lejos en la protección de los individuos respecto del Estado. Esto se ha inferido a partir del análisis de la obligación del art. III:4 que, como hemos mencionado, es muy parecida al art. IV:2 y que ha sido considerada por PANIZZON como una de las pocas obligaciones del AGCS del tipo “*violation complaint*” y que puede afectar en cierta medida a los derechos humanos⁷⁰⁴. En tanto que esta obligación impone a los gobiernos cumplir con ciertos estándares mínimos *vis a vis* los proveedores extranjeros, interviniendo en la relación entre el Estado y sus nacionales y estableciendo estándares de transparencia como el establecimiento de servicios de información⁷⁰⁵.

Respecto del cumplimiento del art. IV:2, como hemos señalado, los Miembros deben notificar la existencia de puntos de contacto al CCS. Se ha percibido un aumento en el número de servicios de información y puntos de contacto en los últimos años, de 81 en el 2006 han pasado a 133 en el 2015⁷⁰⁶, cabe resaltar que varios recursos de información sobre el CIS se están presentando mediante páginas web institucionales de algunos Miembros⁷⁰⁷. Todos los PD han cumplido con dicha obligación así como también muchos PED, sin embargo se desconoce el contenido exacto de la información que se otorga o la relevancia de la misma para los proveedores de PED.

A continuación, esta investigación se detiene en el análisis de TED respecto a los PMA, de conformidad con el art. IV. El art. IV:3, en concreto, requiere que se les dé especial prioridad a los PMA al aplicar las disposiciones del art. IV, tomando en cuenta sus dificultades para aceptar compromisos específicos. Esta disposición por ende llama a los Miembros a tener en consideración

⁷⁰⁴ En este tipo de obligaciones existe la presunción legal que una anulación o impedimento, solamente si el reclamante puede demostrar que el demandado ha violado la norma de la OMC. *Vid.* art. 3.8 ESD.

⁷⁰⁵ *Vid.* PANIZZON, M., "How Human Rights Violations Nullify and Impair GATS Commitments", en PANIZZÓN, M., POHL, N., et al. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum (World Trade Forum 2006)*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 534-560, p. 547-551.

⁷⁰⁶ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Servicios de Información y Puntos de Contacto Notificados Al Consejo del Comercio de Servicios*, Nota de la Secretaría - Revisión, Doc. S/ENQ/78/Rev.9, 1 diciembre 2006, en relación con OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Servicios de Información y Puntos de Contacto Notificados Al Consejo del Comercio de Servicios*, Doc. S/ENQ/78/Rev.15, 2015, *cit.*

⁷⁰⁷ Ver por ejemplo la web establecida por el Departamento de Comercio Internacional del Canadá, www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/TS/contact-point-en.asp (página principal con varios subdirecciones <http://www.canadainternational.gc.ca/ci-ci/index.aspx?lang=eng>, <http://www.cic.gc.ca/ctc-vac/cometocanada.asp> *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Información sobre el mercado y la reglamentación de interés para los proveedores de servicios*, Doc. TN/S/W/41, 2005, *cit.* Otras acciones semejantes son: APEC Individual Action Plans (IAPs) con información de las condiciones de mercado de 13 principales sectores de servicios www.apec.iap.org. Dentro de la Dirección para el Comercio y la Inversión dentro y fuera de la UE, existe la información del sector de servicios y el enlace al correo del punto de información del AGCS <http://ec.europa.eu/trade/policy/>; <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/goods-and-services/>, GATS Contact Point TRADE-GATS-CONTACT-POINTS@ec.europa.eu.

la especial y difícil situación económica y necesidad en la creación de oportunidades en comercio y finanzas de los PMA. Esta disposición se considera como una obligación de comportamiento que deben tener el resto de Miembros respecto a los PMA, la obligación se dirige a los Miembros considerándolos individualmente⁷⁰⁸. Debe notarse también que a diferencia de los PED que son tratados por el AGCS de forma individual en la flexibilidad de los compromisos que se asuman, los PMA son tratados más como a un grupo y reciben mayor flexibilidad en general⁷⁰⁹. Las obligaciones dimanantes de las disposiciones de este artículo se reflejan también especialmente en el documento sobre directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios y en las modalidades para el trato especial de los PMA⁷¹⁰.

De conformidad con esta disposición, los Miembros asumen que el número de compromisos de los PMA⁷¹¹ sea mucho menor que el resto de países y que no se cabe esperar que los PMA asuman compromisos profundos ni amplios. También se espera que se tomen en cuenta las limitaciones que tienen los PMA en materia regulatoria, en sus capacidades institucionales y administrativas. Además los PD deben abstenerse de buscar compromisos de liberalización por parte de los PMA y no deben buscar eliminar o limitar cualquiera de las condiciones que los PMA hayan consignado en sus compromisos⁷¹². Según MELCHIOR, el art. IV:3 por tanto declara el principio de “no-reciprocidad” para los PMA en el CIS⁷¹³. Se ha comentado también que el art. VI implica el reconocimiento de ciertos derechos para los PMA, sin embargo, estos derechos no están muy definidos ni fuertes, y se requiere un trabajo activo para su aplicación⁷¹⁴. En efecto, el énfasis del art. VI:3 está en la especial prioridad que deben tener los PMA en la implementación del art. IV:1 y IV:2. Por ende, se fundamenta en dar mayor prioridad a los aspectos de liberalización que pueden ser relevantes para los PMA, pero no en otorgar compromisos específicos que den acceso preferente solamente a los PMA.

⁷⁰⁸ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC: Examen de las Disposiciones Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado*, Doc. WT/ COMTD/W/77/Rev.1/Add.2, 2001, *cit.*, pp. 356.

⁷⁰⁹ Vid. OECD, "Special and Differential Treatment Under the GATS", *op. cit.*, p. 10.

⁷¹⁰ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios*, Doc. S/L/93, 2001, *cit.*, párr. 2 de la sección I “Objetivos y principios”; y OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Modalidades para el Trato Especial de los Países Menos Adelantados Miembros en las negociaciones sobre el comercio de servicios. Adoptadas el 3 de septiembre de 2003*, Doc. TN/S/13, 2003, *cit.*

⁷¹¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS. SERIE DE REUNIONES EXTRAORDINARIAS, *Participación creciente de los países en desarrollo en el comercio internacional de servicios: aplicación efectiva del artículo IV del AGCS*, Doc. S/CSS/W/131, 2001, *cit.*, p. 3.

⁷¹² Vid. MUNIN, N., "The GATS: a legal perspective on crossroads of conflicting interests", *op. cit.*, p. 327; GROTE, R., "Article IV GATS", *op. cit.*, p. 123.

⁷¹³ Vid. MELCHIOR, A., "Services and Development. The Scope for Special and Differential Treatment in the GATS", *op. cit.*, p. 15.

⁷¹⁴ Vid. MUNIN, N., "The GATS: a legal perspective on crossroads of conflicting interests", *op. cit.*, p. 328.

Durante la Ronda de Doha se avanzó muy poco en relación a la especial prioridad que se les debe dar a los PMA hasta la aprobación del nuevo mecanismo de excepción para los PMAs que se adoptó finalmente en el 2011⁷¹⁵.

C. Otras disposiciones relacionadas con el trato especial y diferenciado

1. Flexibilidad para los PED y salvaguardias de sus intereses en los compromisos específicos

El AGCS otorga una flexibilidad adicional a los PED respecto a los compromisos de AM que realicen. En este sentido el objetivo de liberalización del AGCS contiene una referencia específica a la flexibilidad para los PED, la cual se plasma esencialmente en el art. XIX:2⁷¹⁶, disposición que operacionaliza el art. IV⁷¹⁷. Esta flexibilidad presenta dos orientaciones principales, el respeto al uso de instrumentos de política pública para el cumplimiento de los objetivos nacionales y la consideración de los distintos niveles de desarrollo de los Miembros, tanto en general como en los distintos sectores. En particular respecto de los PED establece un “trato especial y diferenciado” en el sentido que ellos tienen mayor flexibilidad para liberalizar menos sectores y menos tipos de transacciones, también busca que el incremento de AM lo hagan en relación con su situación en materia de desarrollo. Se estipula que al realizar sus compromisos de AM, los PED también tendrán flexibilidad para fijar condiciones “encaminadas al logro de los objetivos a que se refiere el art. IV”. Respecto a la importancia general del art. XIX:2, DELIMATISIS comenta que las revisiones del proceso de negociaciones de servicios deberán tomar esta disposición en cuenta para asegurar su efectiva implementación⁷¹⁸.

Estos preceptos sobre la flexibilidad de los compromisos no están categorizadas como obligatorias o no, sino como facultades optativas para los PED, ya que en este tipo de disposiciones se suelen especificar las excepciones a las normas a las que pueden recurrir los PED, si así lo desean. En lo que respecta a las negociaciones actuales, las disposiciones derivadas de este artículo

⁷¹⁵ Vid. OMC, *Trato preferencial a los servicios y los proveedores de servicios de los países menos adelantados*, Doc. WT/L/847, 2011, cit.

⁷¹⁶ El art. XIX:2 dispone: “El proceso de liberalización se llevará a cabo respetando debidamente los objetivos de las políticas nacionales y el nivel de desarrollo de los distintos Miembros, tanto en general como en los distintos sectores. Habrá la flexibilidad apropiada para que los distintos países en desarrollo Miembros abran menos sectores, liberalicen menos tipos de transacciones, aumenten progresivamente el acceso a sus mercados a tenor de su situación en materia de desarrollo y, cuando otorguen acceso a sus mercados a los proveedores extranjeros de servicios, fijen a ese acceso condiciones encaminadas al logro de los objetivos a que se refiere el artículo IV”

⁷¹⁷ Vid. DELIMATISIS, P., "Article XIX GATS: Progressive Liberalization", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services , Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 427-444, p. 433.

⁷¹⁸ *Ibid.*

se reflejan en el documento sobre las directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios⁷¹⁹.

El art. XIX debe interpretarse conjuntamente con el compromiso que se origina de la obligación de trato de NMF y en el anexo sobre las excepciones del trato de NMF. En tanto que las excepciones al trato de NMF estarán sujetas al escrutinio del CCS, que examinará si subsisten aún las condiciones que motivaron la necesidad de la exención⁷²⁰, y el art. XIX da algunas guías importantes para dicho examen y por tanto sobre la necesidad de mantener una excepción de trato de NMF. TREBILCOCK señala que el art. XIX establece “*reasonable expectations with respect to the pace and extent of liberalization, particularly of developing countries*”⁷²¹. Por lo que si en conjunto los compromisos específicos de los PED son acordes a estas razonables expectativas, una excepción de NMF en la lista de un PD no debe justificarse sobre la base de que los PED no han abierto suficientemente sus propios mercados.

El párrafo 3 del artículo XIX prevé que en cada Ronda de Negociaciones se establecerán directrices y procedimientos de negociación que establezcan las modalidades sobre la liberalización realizada de manera autónoma por los Miembros⁷²² y en particular las modalidades sobre el TED previsto para los PMA en el art. V:3⁷²³. Se ocupa así también de salvaguardar los intereses de los PED en el marco de las negociaciones y se ubica también dentro de la categoría de disposiciones relativas a los PMA Miembros. Esta obligación es considerada como una obligación de resultado⁷²⁴, en tanto que la Secretaría señala que no está claro si la obligación se establece para los Miembros considerados colectivamente o individualmente⁷²⁵. En el marco de las negociaciones de la Ronda de Doha esta disposición se ha hecho operativa en el documento sobre las directrices y procedimientos de las negociaciones de servicios, así como en las Modalidades para el TED de los

⁷¹⁹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios*, Doc. S/L/93, 2001, *cit.* y Doc. S/L/93/Corr.1. Véanse en particular los párrafos 2 y 3 de la sección I (“Objetivos y principios”) y los párrafos 12, 14 y 15 de la sección III (“Modalidades y procedimientos”).

⁷²⁰ Vid. Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II, párr. 4.

⁷²¹ Vid. TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., “Trade in Services (Chapter 12)”, *op. cit.*, p. 367.

⁷²² Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SECCIÓN EXTRAORDINARIA, *Modalidades para el Tratamiento de liberalización Autónoma*, Doc. TN/S/6, 10 de marzo 2003.

⁷²³ Según el art. XIX:3, “En cada ronda se establecerán directrices y procedimientos de negociación. [...] En las directrices de negociación se establecerán modalidades en relación con el trato de la liberalización realizada de manera autónoma por los Miembros desde las negociaciones anteriores, así como en relación con el trato especial previsto para los países menos adelantados Miembros en el párrafo 3 del artículo IV”.

⁷²⁴ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC: Disposiciones obligatorias y no obligatorias sobre trato especial y diferenciado*, Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1/ADD.1/Corr.1, 2002, *cit.*

⁷²⁵ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC: Examen de las Disposiciones Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado*, Doc. WT/ COMTD/W/77/Rev.1/Add.2, 2001, *cit.*, p. 22.

PMA⁷²⁶. Estos documentos han constituido también la base para el desarrollo del reciente *waiver* en servicios para los PMA, que, como se ha explicado en el anterior apartado, es un mecanismo que otorga la posibilidad de que se excepcione del trato de NMF para beneficio de los PMA, ya que los Miembros podrán otorgar un trato preferente en el AM⁷²⁷.

2. Otras disposiciones que salvaguardan los intereses de los PED, medidas y utilización de instrumentos de política

En el art. XV:1 sobre subvenciones se reconoce que, en ciertas circunstancias, las subvenciones pueden distorsionar el comercio de servicios y llama al desarrollo de negociaciones a fin de crear disciplinas multilaterales tendientes a evitar estas distorsiones. En dichas negociaciones se reconocerá la relación de las subvenciones con los programas de desarrollo de los PED, en las negociaciones también se tendrá en cuenta la flexibilidad que debe existir para los PED. La Secretaría de la OMC ha señalado, por un lado, que esta disposición podría considerarse una obligación de comportamiento si se entiende que en las negociaciones se debe “reconocer “la función de las subvenciones en el desarrollo” y “tener en cuenta” la necesidad de los Miembros de que haya flexibilidad, pero no se determina previamente un resultado concreto. Por otro lado, esta disposición puede también entenderse en el sentido de que otorga “cierta flexibilidad para los PED” y podría clasificarse como una obligación de resultado. Además, esta obligación considera a los Miembros colectivamente, ya que las negociaciones sobre subvenciones son de carácter multilateral⁷²⁸.

Como es sabido, el fundamento económico del uso de las subvenciones está en relación con el crecimiento económico, sin embargo este argumento es controversial. A pesar de ello, parece que la contribución que las subvenciones pudieran hacer en el desarrollo puede ser más importante en el contexto de los servicios que en el de los bienes⁷²⁹. Es por ello que se ha afirmado que los PED

⁷²⁶ En lo que respecta a las negociaciones de la RD, las obligaciones dimanantes de las disposiciones de este artículo se reflejan en el documento OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios*, Doc. S/L/93, 2001, *cit.* y Doc. S/L/93/Corr.1, ver el párrafo 2 de la sección I, titulada "Objetivos y principios", y los párrafos 13 a 15 de la sección III, titulada "Modalidades y procedimientos"; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Modalidades para el Trato Especial de los Países Menos Adelantados Miembros en las negociaciones sobre el comercio de servicios. Adoptadas el 3 de septiembre de 2003*, Doc. TN/S/13, 2003, *cit.*; OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Programa de Trabajo de Doha, Declaración Ministerial - Adoptada el 18 de diciembre de 2005*, Sexto período de sesiones, Hong Kong 13 - 18 de diciembre de 2005, Doc. WT/MIN(05)/DEC, 22 de diciembre 2005

⁷²⁷ Revisar arriba la explicación sobre la creación del *waiver* para los PMA, dentro del contexto del art. IV del AGCS.

⁷²⁸ *Vid.* OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC: Examen de las Disposiciones Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado*, Doc. WT/ COMTD/W/77/Rev.1/Add.2, 2001, *cit.*, p. 21.

⁷²⁹ El crecimiento, mejora en la calidad y eficiencia en los costos de los servicios como servicios de transporte, financieros, telecomunicaciones, entre otros, no solo beneficia directamente a los consumidores,

requieren la articulación de instrumentos relacionados con las subvenciones de servicios, que aseguren el cumplimiento de objetivos de desarrollo, objetivos que están relacionados con la calidad, el acceso universal a ciertos servicios y tarifas accesibles para las poblaciones más desfavorecidas⁷³⁰.

Según el mandato del art. XV, la elaboración de TED para los PED requiere conciliar el objetivo de evitar los subsidios que causan distorsiones al comercio con el objetivo de reconocer el TED para los PED. Es por ello necesario que los PD acepten la implementación de este TED en las futuras disciplinas sobre subsidios, tomando en consideración las diferentes condiciones de desarrollo entre los Miembros y a fin de evitar la gradual pérdida de credibilidad del Sistema Multilateral⁷³¹. En este sentido, el desarrollo de disciplinas para los subsidios de servicios que sean “*development friendly*” mandaría una señal importante sobre el compromiso de los Miembros para alcanzar un desarrollo sustentable y más balanceado⁷³².

El art. XII:1 sobre las dificultades de la balanza de pagos, luego de señalar la posibilidad de mantener restricciones comerciales en caso de existencia o amenaza de graves dificultades financieras exteriores o de balanza de pagos, dispone un especial reconocimiento a las circunstancias de presión en la balanza de pagos de un Miembro en desarrollo y establece una relación entre el uso de las restricciones y el mantenimiento de las reservas financieras para la aplicación de los programas de desarrollo de los PED⁷³³. Esta disposición, que otorga mayor flexibilidad a los PED, establece un derecho y no una obligación de los Miembros y no se trataría de una previsión de carácter obligatorio sino de una autorización para proteger la balanza de pagos, sujeta a ciertas condiciones⁷³⁴.

sino que contribuye también en general a la economía. Ver en este sentido el análisis de los servicios del Capítulo I.

⁷³⁰ Vid. SÁEZ, S., "Trato especial y diferenciado y comercio de servicios", *Serie Comercio Internacional*, CEPAL, División de Comercio Internacional e Integración, Diciembre de 2008, Chile, 2008, p. 30.

⁷³¹ Vid. GABRIELE, A., "Subsidies to Services Sectors: A Neo-Protectionist Distortion or a Useful Development Tool?", UNCTAD, UNCTAD/DITC/TNCD/MISC/2003/7, 20 April, 2005, p. 3 y 38.

⁷³² Vid. PORETTI, P., "Article XV GATS", *op. cit.*, p. 358. Para mayores detalles revisar el capítulo Quinto sobre las negociaciones de la Ronda de Doha sobre Subvenciones en servicios y su relación con los PED. Ver apartado I A 2. b.

⁷³³ Vid. Art. XII:1 “[...]Se reconoce que determinadas presiones en la balanza de pagos de un Miembro en proceso de desarrollo económico o de transición económica pueden hacer necesaria la utilización de restricciones para lograr, entre otras cosas, el mantenimiento de un nivel de reservas financieras suficiente para la aplicación de su programa de desarrollo económico o de transición económica”

⁷³⁴ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Disposiciones no Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC*, Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.3, 2002, *cit.*, p. 11; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE COMERCIO E INVERSIONES, *Documento conceptual sobre salvaguardias por razones de Balanza de Pagos*, Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, Doc. WT/WGTI/W/153, 28 de noviembre 2002, párr. 2. Vid. también GROTE, R., "Article XII GATS", *op. cit.*, p. 263.

El reconocimiento que otorga la segunda parte del art. XII:1 del AGCS, a fin de que los PED puedan acceder de manera más flexible a realizar medidas de salvaguardia respecto de la balanza de pagos, se fundamenta en que sus sistemas financieros suelen ser más frágiles y estar expuestos a mayor inestabilidad que los de los PD⁷³⁵, por lo que se han establecido requisitos menos estrictos para la aplicación del art. XII. De esta forma, es suficiente que exista una presión en la balanza de pagos y no una mayor amenaza de un déficit más grave para que se apliquen restricciones⁷³⁶ y los PED pueden invocar esta disposición en cualquier momento en que se encuentren debajo del nivel adecuado de reservas para la implementación de su programa de desarrollo económico. Por otro lado, según una parte de la doctrina, pareciera que se requiere a los PED probar que en efecto las medidas restrictivas estarían directamente relacionadas con un programa de desarrollo en particular⁷³⁷. Cabe resaltar que, a fin de usar esta flexibilidad adicional, la presión que exista en su balanza de pagos puede ser resultado de diferentes causas, tales como de un incremento en el nivel de importaciones, un alto nivel de la deuda externa, particularmente las deudas de corto plazo, entre otras. De esta forma, la flexibilidad también sirve para mantener la situación como está y prevenir que el problema financiero avance⁷³⁸.

Actualmente no existen estándares únicos o universales para determinar lo que es una reserva financiera “suficiente o adecuada”, por lo que en la aplicación de la flexibilidad del art. XII se deben tomar en cuenta consideraciones más amplias, tales como el tamaño de las economías nacionales, la naturaleza de las amenazas financieras, sus perspectivas de crecimiento, deudas a mediano o largo plazo, entre otros⁷³⁹. A fin de valorar si las presiones particulares en la balanza de pagos de un PED hacen necesaria la utilización de restricciones comerciales, se debe explorar si existen otros procedimientos alternativos, tales como préstamos bancarios de entidades extranjeras, de gobiernos o de OOII, y si la opción de aplicar restricciones es la más adecuada para financiar la balanza de pagos y aumentar las reservas monetarias⁷⁴⁰. Por lo que sigue siendo una cuestión

⁷³⁵ Vid. GROTE, R., "Article XII GATS ", *op. cit.*, p. 263.

⁷³⁶ La presión en la balanza de pagos puede resultar del nivel incrementado de importaciones un alto nivel de deuda externa, en particular de corto plazo o una exposición alta a inversiones volátiles de corto plazo, que se pueden resultar a la primera señal de crisis económica. Generando un déficit de fondos. *Ibid.*, p. 263.

⁷³⁷ Como comenta GROTE, para que esta disposición sea implementada de manera efectiva, la carga de la prueba sobre el hecho prioritario de la necesidad de las medidas específicas para la implementación de los programas de desarrollo debe ser requerido al Miembro invocante del art. XII. *Ibid.*, p. 266.

⁷³⁸ *Ibid.*, p. 263.

⁷³⁹ Vid. OMC, COMITÉ DE RESTRICCIONES POR BALANZA DE PAGOS, *Suficiencia de las reservas. Nota de la Secretaría*, Doc. WT/BOP/W/21, 12 de septiembre 2002, párr. 66–67.

⁷⁴⁰ Para realizar este análisis se ha de tomar en cuenta la información y valoración que el FMI ha realizado respecto del art. XII:5 sobre las consultas con el Comité de Restricciones por Balanza de Pagos sobre las restricciones adoptadas, juega un papel importante en la determinación de estos aspectos, *vid. BREWER, T. L. Y YOUNG, S.*, "Investment issues at the WTO: the architecture of rules and the settlement of disputes", *op. cit.*

pendiente determinar cuáles son los criterios más adecuados a considerar para valorar el nivel adecuado de reservas financieras de los PED.

El art. III:4 sobre la obligación de información de los Miembros ordena el establecimiento de servicios de información para los Gobiernos de los Miembros sobre los servicios, medidas de aplicación general o acuerdos internacionales relacionados. Esta misma obligación establece una flexibilidad para los PED en el plazo de dos años requerido para el establecimiento de estos servicios de información. Adicionalmente, no obliga a que los servicios de información de los PED conserven los textos de las leyes y reglamentos. Este tipo de obligación se refiere a la excepción de la norma de transparencia, a la que pueden recurrir los PED, por lo que no se hace la distinción entre si es una disposición obligatoria o no⁷⁴¹.

El art. V:3 sobre los acuerdos de integración económica establece que cuando las partes de un AIE (de conformidad con las condiciones del art. V:1) son PED, las condiciones exigidas para la conformación de este AIE son más flexibles, especialmente respecto al requerimiento de que el AIE establezca la ausencia o la eliminación, en lo esencial, de toda discriminación entre las partes. Dicha flexibilidad se hará efectiva tomando en cuenta los diferentes niveles de desarrollo de los PED y en consideración de los diferentes niveles de desarrollo en los sectores y subsectores de servicios. Según ADLUNG Y MORRISON, esta disposición se refiere solamente al nivel de cobertura sectorial, que puede ser menor en el caso de PED o PMA, pero no permite a estos Miembros una graduación en el tiempo para el cumplimiento de los requisitos, ya que esto no está previsto de conformidad con el art. V:1⁷⁴². Adicionalmente, en el caso que se trate de un AIE que esté constituido únicamente por PED, se reconoce la posibilidad de otorgar un trato más favorable a las personas jurídicas⁷⁴³ que sean nacionales de Miembros, siempre que sean de propiedad o estén bajo el control de personas físicas de las partes en dicho acuerdo⁷⁴⁴.

Un aspecto pendiente de interpretación es el contenido del trato más favorable o trato preferencial para los PED en el marco del art. V del AGCS, ya que durante las negociaciones para la creación del AGCS no se aclaró lo que se entendía por trato especial y diferenciado de los PED en este contexto. Según los Informes del Comité de Acuerdos Comerciales Regionales (CACR), lo

⁷⁴¹ Un estudio más detallado del art. III se realizará en el siguiente capítulo, en relación con el art. VI:4 sobre reglamentación nacional.

⁷⁴² *Vid.* ADLUNG, R. Y MORRISON, P., "Less than the GATS: 'Negative preferences' in regional services agreements", *op. cit.*, p. 1115.

⁷⁴³ Este trato preferente se realiza no obstante lo dispuesto en el art. V:6, por lo que no será necesario que las personas jurídicas realicen operaciones comerciales sustantivas en el territorio de las partes del AIE. El Art. V:6 dispone " Los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro que sean personas jurídicas constituidas con arreglo a la legislación de una parte en un acuerdo del tipo a que se refiere el párrafo 1 tendrán derecho al trato concedido en virtud de tal acuerdo, a condición de que realicen operaciones comerciales sustantivas en el territorio de las partes en ese acuerdo".

⁷⁴⁴ *Vid.* art. V:3 a) y b). Con mayor detalle ver el análisis de sobre los aspectos específicos del AGCS en relación a los PED en el Apartado C de este capítulo

que se planteó fue la necesidad de flexibilidad con respecto al alcance de los acuerdos regionales cuando se trataba de un PED y se tomó nota de esta cuestión⁷⁴⁵.

El art. 5 g del Anexo sobre Telecomunicaciones posibilita a los PED la aplicación de medidas que favorezcan en general a su desarrollo y en particular a las telecomunicaciones públicas⁷⁴⁶. En este sentido, el Anexo sobre Telecomunicaciones requiere a los PED evitar limitar el acceso y uso de redes y servicios de transmisión de telecomunicaciones públicas, a menos que la imposición de dichas condiciones sea necesaria para proteger y fortalecer la infraestructura interna de telecomunicaciones y fortalecer su capacidad en servicios de telecomunicaciones y para incrementar su CIS en telecomunicaciones⁷⁴⁷. Estas condiciones de acceso y uso aplicados por los PED pueden ser discriminatorias en tanto que sean razonables y necesarias para obtener los propósitos mencionados en la disposición. Estos son, el fortalecimiento de su infraestructura interna de telecomunicaciones, el fortalecimiento de su capacidad en materia de servicios de telecomunicaciones, e incrementar su participación en el comercio internacional. Estos propósitos se considera en general que son acumulativos, por el uso de la palabra “y”. Sin embargo, el OSD en la interpretación de las disciplinas sobre transparencia del GATT ha considerado cada elemento del art. X:3(a) de manera independiente, lo que podría aplicarse a otras disposiciones semejantes como es el caso de esta disposición⁷⁴⁸. También debe tenerse en cuenta que las condiciones que se impongan deben hacerse en relación con los distintos niveles de desarrollo de los PED, lo cual está también relacionado con las condiciones que se especifiquen en los listados de compromisos⁷⁴⁹.

El Anexo en servicios de telecomunicación es el único anexo que señala de manera expresa los intereses de los PED⁷⁵⁰. Esta disposición sobre TED es especialmente importante, ya que, como hemos explicado, este sector es trascendental para los PED, dado que además de ser en sí misma una actividad económicamente muy importante, es un medio para la realización de otras

⁷⁴⁵ Véase el párrafo 35, 46 del documento S/C/M/46.

⁷⁴⁶ El art. 5 g) señala “No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores de la presente sección, un país en desarrollo Miembro podrá, con arreglo a su nivel de desarrollo, imponer condiciones razonables al acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y a la utilización de los mismos que sean necesarias para fortalecer su infraestructura interna de telecomunicaciones y su capacidad en materia de servicios de telecomunicaciones y para incrementar su participación en el comercio internacional de dichos servicios. Tales condiciones se especificarán en la Lista de dicho Miembro”.

⁷⁴⁷ Para prevenir el suministro de servicios a países que no han hecho compromisos específicos respecto a estos servicios, *vid.* art. 5 e) del Anexo.

⁷⁴⁸ Ver la versión anterior. párrs. 11–86. En este sentido como veremos también de la interpretación de los requisitos de la administración razonable objetiva e imparcial de la mediada, que impone la diferencia en el art. VI:1 del AGCS podría ser interpretada también en los sentidos que se refiere al cada elemento de manera independiente.

⁷⁴⁹ *Vid.* GAO, H., “Annex on Telecommunications”, en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO - Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 686-711, p. 706.

⁷⁵⁰ Este se aplica a las medidas que afectan el uso o acceso a la redes de transferencia de telecomunicación (salvo aquellas “que afecten a la distribución por cable o radiodifusión de programas de radio o de televisión”, *vid.* art. 2 b) del Anexo sobre Telecomunicación).

actividades de servicios, como los servicios financieros, empresariales y de turismo, ya que las redes de telecomunicación se convierten en el medio de transporte para estos sectores⁷⁵¹. Las redes de comunicación son decisivas para el desarrollo del comercio de servicios, tanto en términos de actividades de servicios como los de prestación. En la práctica los PED han venido utilizando esta flexibilidad en el sector de las telecomunicaciones básicas, lo que se ha plasmado al asumir varios compromisos, de conformidad con su nivel de desarrollo, y en algunos sectores se han utilizado compromisos de aplicación diferida o gradual⁷⁵².

3. Asistencia Técnica

El art. XXV:2 relativo a la cooperación técnica establece que la Secretaría de la OMC será la encargada a nivel multilateral de prestar la asistencia técnica a los PED en el sector de los servicios y será el CCS quien decida sobre su otorgamiento. Esta disposición se clasifica como una obligación de resultado, ya que encomienda al CCS que tome una disposición específica, es decir, que “decida” la asistencia técnica que ha de prestar la Secretaría. En ella se establece también una obligación de los Miembros considerados colectivamente, en tanto que exige que el Consejo por ende tome una decisión. Cabe resaltar que la obligación de asistencia técnica en servicios no es una obligación automática para los Miembros, sino que es determinada por el CCS. Una diferencia con el planteamiento de la asistencia técnica de otros Acuerdos de la OMC es que el AGCS no llama directamente a los PD a dar asistencia técnica a los PED, ni contiene compromisos sobre la cantidad de asistencia y el tiempo en el que se otorgará, sino que deja que ésta sea proporcionada por la propia OMC.

Esta disposición en su aplicación está relacionada con el párr. 14 de las *Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios*, que llama a que debe prestarse asistencia técnica a los PED, si así lo solicitan⁷⁵³. Además las Modalidades adoptadas para el TED de los PMA complementan las Directrices antes mencionadas y señalan en los párr. 8 y 12 que se debe prestar asistencia técnica a los PMA esencialmente para la creación de capacidades institucionales y humanas, fortalecer la capacidad nacional de servicios y realizar las

⁷⁵¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Nota de antecedentes sobre Servicios de Telecomunicaciones, Nota de la Secretaría*, Doc. S/C/W/299, 10 de junio 2009, párr. 4-5; ZLEPTNIG, S., "The GATS and Internet-based services : between market access and domestic regulation", en ALEXANDER, K. Y ANDENAS, M. (eds.), *The World Trade Organization and trade in services*, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 381-410.

⁷⁵² Por ejemplo, de los 99 Miembros que han contraído compromisos en relación con hasta 80 sectores de la Lista de clasificación sectorial, 98 de ellos son países en desarrollo Miembros, *vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Panorama general y evaluación de la evolución reciente del comercio de servicios*, Nota documental de la Secretaría, Doc. S/C/W/94, 9 de febrero 1999.

⁷⁵³ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios*, Doc. S/L/93, 2001, *cit.*, párr. 14.

reformas regulatorias necesarias⁷⁵⁴. Todo esto mediante la coordinación y con objetivos bien definidos, especialmente a fin de llevar a cabo evaluaciones nacionales del comercio de servicios. Por ende, en la práctica la asistencia técnica se otorga por varios Miembros de la OMC, por OOII y por la misma OMC.

Como se ha visto, varios documentos durante la Ronda de Doha han destacado la necesidad de la asistencia técnica en servicios. La principal dificultad y reto resulta ser la necesidad de generar una mayor asistencia técnica en el sector de los servicios, ya que como es conocido, varios Miembros, especialmente PMA, han señalado la insuficiencia de asistencia técnica que les ayude, entre otros, a identificar sus sectores de interés exportador. Se ha reclamado por ejemplo la necesidad de que la asistencia constituya un compromiso obligatorio, por ejemplo al momento de asumir los compromisos específicos⁷⁵⁵. Adicionalmente, la cantidad de dicha asistencia técnica en servicios ha sido bastante limitada en comparación a otros campos de comercio que se consideran que contienen obligaciones más significativas y coercitivas para todos los Miembros, como las relacionadas con las Barreras Técnicas al Comercio y con las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias⁷⁵⁶. Según la *Base de datos global sobre asistencia técnica* relacionado al comercio de la OMC (GTAD)⁷⁵⁷, que comprende proyectos nacionales y regionales y cursos de formación a

⁷⁵⁴ En las modalidades para el TED de los PMA se llamó a la implementación de las modalidades mediante la declaración de Hong Kong. Hace hincapié en que se desarrollen métodos para una efectiva implementación de la asistencia técnica, así como el desarrollo de las capacidades de los PMA. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Modalidades para el Trato Especial de los Países Menos Adelantados Miembros en las negociaciones sobre el comercio de servicios. Adoptadas el 3 de septiembre de 2003*, Doc. TN/S/13, 2003, *cit.* Lo que fue reiterado en el paquete de Julio del 2008, *vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Elementos necesarios para la conclusión de las negociaciones sobre los servicios*, Informe del Presidente, Doc. TN/S/34, 28 de julio 2008. También se hace referencia en el reciente *Waiver* para los PMA, exención que permite a los Miembros incumplir su obligación de nación más favorecida que prohíbe la discriminación con el fin de otorgar un trato preferencial a los servicios y los proveedores de servicios de los PMA.

⁷⁵⁵ Varios países en desarrollo Miembros han seguido subrayando la importancia de la asistencia técnica en los distintos contextos y esferas de los servicios. *Vid.* TE VELDE, D. W., "Revitalizing services negotiations at the WTO: Can technical assistance help?", Overseas Development Institute, December, London, 2005, p. 13 ss.; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe de la reunión celebrada los días 23 y 24 de noviembre de 1998*, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/M/31, 9 de diciembre 1998, párr. 28; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe de la reunión celebrada el 21 de septiembre de 1999*, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/M/39, 15 de octubre 1999, párr. 24.

⁷⁵⁶ *Vid.* MACRORY, P. F. J. Y STEPHENSON, S., *Making trade in services supportive of development in commonwealth small and low-income countries*, *Economic Paper No 93 in the Commonwealth Economic Paper Series*, London, Commonwealth Secretariat, 2011, p. 25. Esto sin duda refleja el hecho de que el AGCS impone muy pocas obligaciones a los Miembros además de sus compromisos negociados. *Vid.* también OECD, "Special and Differential Treatment Under the GATS", *op. cit.* Se alude al limitado requerimiento en asistencia técnica en relación a que el AGCS no requiere una implementación total o liberalización profunda del CIS.

⁷⁵⁷ Se puede encontrar mayor información sobre la asistencia técnica en el sector de los servicios en el marco de la OMC en la base de datos "*Global trade-related technical assistance database*", disponible en <http://gtad.wto.org/>, http://gtad.wto.org/category_project.aspx?cat=33145.

nivel mundial⁷⁵⁸, del total de las categorías de asistencia técnica y creación de capacidad relacionadas con el comercio se estima que las actividades relacionadas específicamente con la categoría comercial de servicios en la OMC han sido un total de 78 actividades durante los años 2010–2012. Las actividades han ido disminuyendo, siendo 30 en el 2010, 26 en el 2011 y 22 en el 2012⁷⁵⁹, respecto al tipo de actividades específicas sobre servicios, se han realizado sobre todo seminarios regionales⁷⁶⁰. Desde el 2014 el enfoque se aleja de los seminarios regionales, en vez de ofrecer sistemáticamente seminarios regionales sobre cada tema en todas las regiones, se responderá a las necesidades específicas identificadas teniendo en cuenta las necesidades cambiantes de los Miembros.⁷⁶¹

En resumen, la Secretaría de la OMC, de conformidad con el art. XXV:2, viene prestando asistencia a los PED mediante programas de intercambio de información, la valoración del comercio de servicios mediante estudios de la Secretaría y otras OOII, y el establecimiento de guías y procedimientos para las negociaciones de servicios⁷⁶². Todo ello dentro del marco de los planes periódicos de asistencia técnica y formación que desarrolla la OMC. El actual *Plan Bienal de Asistencia Técnica y Formación*⁷⁶³ abarca todas las actividades de creación de capacidad comercial que se realizarán a cargo de la OMC y empieza a aplicar el concepto de gestión basada en los resultados. El principal objetivo es lograr una creación de capacidad acumulada y sostenible y aumentar la eficacia y las repercusiones de la Asistencia Técnica Relacionada con el Comercio de la Secretaría (ATRC)⁷⁶⁴.

⁷⁵⁸ Por el momento la OMC va reportado sus actividades de ATRC y se tiene previsto que contendrá información de otras entidades, como los siguientes organismos: Centro de Comercio Internacional (ITC), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), la Organización Internacional de la Francofonía (OIF), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Otros organismos han comunicado a la Secretaría su interés en aportar información a la Base de Datos Global.

⁷⁵⁹ <http://gtad.wto.org/>; http://gtad.wto.org/advanced_search_results.aspx

⁷⁶⁰ Según el informe sobre las actividades de asistencia técnica y formación de la OMC han sido 6 los seminarios regionales sobre servicios en el 2010 y 3 en el 2011. *Vid.* OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Informe anual sobre las actividades de asistencia técnica y formación (1º de enero a 31 de diciembre de 2011)*, Doc. WT/COMTD/W/186, 25 de junio 2012, p. 49

⁷⁶¹ *Vid.* OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Plan Bienal de Asistencia Técnica y Formación 2014 – 2015*, Doc. WT/COMTD/W/200, 17 de octubre 2013, párr. 6.

⁷⁶² La Secretaría brinda asistencia a las delegaciones de PED de manera colectiva o individual sobre aspectos relativos a prioridades de interés en las negociaciones, generalmente esta asistencia técnica se da bajo solicitud ya sea en general o en el territorio del Miembro. *Vid.* NARTOVA, O., "Article XXV GATS", *op. cit.*, pp. 522–523.

⁷⁶³ *Vid.* OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Plan Bienal de Asistencia Técnica y Formación 2014 – 2015*, Doc. WT/COMTD/W/200, 2013, *cit.*; *vid.* también OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Plan Bienal de Asistencia Técnica y Formación 2012 – 2013*, Revisión, Doc. WT/COMTD/W/180/Rev.1, 3 de febrero 2012; OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Plan Bienal de Asistencia Técnica y Formación 2010 – 2011*, Revisión, Doc. WT/COMTD/W/170/Rev.1, 21 de octubre 2009, entre los más recientes planes de asistencia técnica.

⁷⁶⁴ Por lo tanto, forman parte de una amplia gama de esfuerzos bilaterales, regionales y multilaterales. Uno de los principales problemas en la ejecución del Plan de AT sigue siendo su financiación, y más

Cabe señalar que la asistencia técnica en el AGCS debe verse también desde la óptica de la iniciativa de Ayuda para el Comercio “*aid for trade*”⁷⁶⁵. Sin embargo, existe poca información disponible sobre la ayuda para el comercio de servicios y como señala la Secretaría de la OMC el comercio de servicios ha sido en parte desatendido en los estudios relativos al comercio y el desarrollo económico⁷⁶⁶. La estimación del nivel de la ayuda ofrecida por los donantes para el desarrollo del comercio de servicios es compleja, sin embargo se puede desprender de la información dada por el sistema estadístico de la OCDE que se está otorgando una ayuda significativa al sector de servicios especialmente en el sector de transporte y almacenamiento⁷⁶⁷. Por otro lado, en una reciente publicación conjunta de la OCDE y la OMC sobre las tendencias de la ayuda al comercio se ha identificado un desequilibrio entre la relativamente pequeña proporción de casos sobre ayuda al comercio relacionados con el comercio de servicios, y la importancia y el rápido crecimiento del sector⁷⁶⁸. Varias referencias sobre esa ayuda al comercio en servicios se refieren esencialmente a la formación en materia de la asistencia técnica relacionada con el comercio⁷⁶⁹.

En el Anexo sobre Telecomunicaciones, el párr. 6 contiene también un llamamiento a los Miembros de otorgar asistencia técnica, el párr. 6 c) exhorta a los Miembros de proporcionar a los PED información sobre sus servicios de telecomunicaciones y la evolución de la tecnología de las

concretamente garantizar oportunamente niveles adecuados de financiación. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Plan Bienal de Asistencia Técnica y Formación 2012 – 2013*, Doc. WT/COMTD/W/180/Rev.1, 2012, cit. WT/COMTD/W/180/Rev.1, p. 4–5, 9,10, 52.

⁷⁶⁵ El Banco Mundial define “*aid for trade*” como la “*provision of assistance by the international community to help countries address supply-side constraints to their participation in international markets and to cope with transitional adjustment costs from liberalization.*” Vid. WORLD BANK, “Doha Development Agenda and Aid for Trade”, DC2005–2006, 12 September, 2005. La iniciativa de un Fondo de Ayuda para el Comercio Nacional se describe en UN MILLENNIUM PROJECT, *Trade for Development - Achieving the Millenium Development Goals*, TASK FORCE ON TRADE, London, Earthscan, 2005. La OMC apoyó la idea en el 2004 en el discurso de Pascal Lamy ante el *Trade and Development Board* el 6 de octubre de 2005, disponible en http://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl05_e.htm.

⁷⁶⁶ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Ayuda para el Comercio, Taller sobre ayuda para el comercio y servicios*, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría, Doc. WT/COMTD/AFT/W/34, 29 de junio 2012, p. 1.

⁷⁶⁷ En el 2013 el desembolso total de Ayuda para el Comercio por todos los donantes (en millones de dólares) en el sector de servicios de transporte y almacenamiento fue de 13,091 M\$, en servicios de comunicaciones 880 M\$, en servicios bancarios y financieros 4,128 M\$, en servicios prestados a las empresas y otros servicios 1,650 M\$ y en turismo de 182 M\$. Los datos se extraen de la búsqueda realizada en la base de datos estadísticos de la ayuda oficial al desarrollo de la OCDE, en la categoría de informaciones sobre sectores generales, según la notificación que hacen los países donantes de la OCDE. Vid. *Aid-for-trade statistical queries*, <http://www.oecd.org/trade/aidfortrade/aid-for-tradestatisticalqueries.htm>. Se puede acceder a los relatos de experiencias concretas en la siguiente dirección: <http://www.aid4trade.org/>.

⁷⁶⁸ Solamente 9 de 269 casos se refieren al comercio de servicios, a pesar del que el comercio de servicios transfronterizo representa el segmento del comercio internacional con más rápido crecimiento. Vid. OECD/WTO, “Aid for Trade at a Glance 2011: Showing Results”, OECD Publications, 2011, en p. 147.

⁷⁶⁹ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO Y AYUDA PARA EL COMERCIO, *Taller sobre ayuda para el comercio y servicios Nota de antecedentes preparada por la Secretaría*, Doc. WT/COMTD/AFT/W/34, 29 de junio 2012, p. 12.

telecomunicaciones y de la información, siempre que esto sea posible. Esta actividad se ha de realizar en cooperación con las OOI relevantes y tiene por objeto contribuir al fortalecimiento del sector de servicios de telecomunicaciones de dichos países. De esta forma, asiste en la cooperación con las OOI, el fortalecimiento de los servicios de telecomunicación y el desarrollo de las telecomunicaciones y la tecnología de la información.

Además, el párrafo 6 del Anexo sobre telecomunicaciones contiene otras referencias a la cooperación técnica, como el apoyar la participación de los diversos Miembros y los proveedores de redes y servicios en los programas de desarrollo de las diferentes OOI. Además señala que los Miembros fomentarán la cooperación en la materia entre los PED. En el marco de esta disposición se ha firmado el *Acuerdo de cooperación entre la Unión Internacional de Telecomunicaciones y la OMC*, en el cual se dispone que las Secretarías de estas OOI procurarán cooperar en asuntos relacionados con asistencia y cooperación técnica⁷⁷⁰.

Respecto a los PMA, el Anexo establece que los Miembros deben animar a los proveedores extranjeros de telecomunicación para realizar transferencia tecnológica, formación del personal y otras actividades para el desarrollo de infraestructura en telecomunicaciones y la expansión de dicho sector en los PMA⁷⁷¹. En las disposiciones de este anexo se sugirió que los PD deberían iniciar programas cortos de entrenamiento para profesionales de los PED⁷⁷².

IV. EL AGCS Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El debate sobre la liberalización del CIS de los servicios públicos tiene como uno de sus puntos de partida la cuestión de si la liberalización debe ser emprendida a través de normas multilaterales que puedan dar más seguridad jurídica o mediante iniciativas nacionales que preserven los intereses particulares de los países. Esta investigación no tiene por objeto entrar en este debate, sino que parte de la perspectiva de la actual liberalización multilateral de los servicios y asume que es esencial que el punto de partida para la liberalización sea considerar cómo dichas políticas pueden estimular la eficiencia y el crecimiento en cada país en particular⁷⁷³. Por ende el

⁷⁷⁰ El 26 de mayo de 2000, el Consejo del Comercio de Servicios adoptó el texto del Acuerdo. Posteriormente, el Consejo de la UIT también adoptó ese texto en su período de sesiones anual, celebrado del 19 al 28 de julio. El párrafo 6 del Acuerdo dispone que las Secretarías de la OMC y la UIT colaborarán. *Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Texto del "Acuerdo entre la Unión Internacional de Telecomunicaciones y la Organización Mundial del Comercio" propuesto*, Nota de la Secretaría - Revisión, Doc. S/C/9/Rev.1, 15 de junio 2000.

⁷⁷¹ *Vid.* art. 6 d) del Anexo sobre Telecomunicaciones Básicas del AGCS, sobre cooperación técnica.

⁷⁷² *Vid.* URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, *Note on the meeting of 18-22 September 1989*, Doc. MTN.GNS/25, 1989, *cit.*, p. 79.

⁷⁷³ En este sentido, el Informe del Desarrollo Humano del 2005 destaca que la liberalización debía de partir de las estrategias nacionales "que se encuentren arraigadas en la planificación de los ODM y en metas más amplias del desarrollo humano" *Vid.* ONU Y PNUD, *Informe sobre el desarrollo Humano, La*

estudio sobre el impacto del AGCS en los servicios públicos en este apartado se centra en dos aspectos: la aplicación o no del marco legal del AGCS a los servicios públicos y el impacto de las disposiciones del AGCS e implicancia de las negociaciones en curso⁷⁷⁴.

Respecto a la aplicación del AGCS a los servicios públicos, cabe señalar como referencia general que el enfoque principal y fin de las disposiciones del AGCS no se han establecido en base a consideraciones vinculadas con las metas políticas derivadas de la prestación de los servicios públicos⁷⁷⁵. El objetivo del AGCS no es la promoción o garantía de la prestación de los servicios públicos, sino la expansión del CIS en condiciones de liberalización progresiva y transparencia mediante la previsibilidad de las normas. Sin embargo, la liberalización sí se concibe en el Preámbulo del AGCS como un medio para promover el crecimiento económico y desarrollo de los PED⁷⁷⁶. Tomando en cuenta esta premisa, se debe reconocer que el AGCS (por lo menos en términos generales) respeta la facultad de los Miembros para determinar lo que constituye servicios públicos dentro su marco nacional y que normalmente sus disposiciones mantienen prudente distancia y no interfieren en los objetivos de política pública nacional⁷⁷⁷. Cabe recordar en este sentido que el Preámbulo del AGCS toma en consideración la atención que deben tener los Estados al cumplimiento de sus objetivos de política pública, reconociendo el derecho de los gobiernos a reglamentar y a establecer nuevas reglamentaciones sobre servicios para dicho fin.

La cuestión de si los servicios públicos caen dentro del alcance del AGCS y hasta qué punto pueden ser objeto de liberalización es sin duda una pregunta importante y sensible⁷⁷⁸. Esto se basa en que el alcance sectorial del AGCS determina la aplicación de las obligaciones generales del

cooperación internacional ante una encrucijada: Ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual, Madrid, Barcelona, México, Ediciones Mundi-Prensa, 2005.

⁷⁷⁴ Sobre estos aspectos del debate, *vid.* entre otros CHANDA, R., "Social Services and The GATS: Key Issues and Concerns", *World Development*, vol. 31, no. 12, 2003, pp. 1997-2011; KRAJEWSKI, M., "Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework", *Journal of International Economic Law*, vol. 6, 2003, pp. 341-367; ADLUNG, R., "Public Services and the GATS", *op. cit.*; KIRKPATRICK, C. Y PARKER, D., "Domestic Regulation and the WTO: The Case of Water Services in Developing Countries", *The World Economy*, vol. 28, 2005, pp. 1491-1508.

⁷⁷⁵ Como una acotación adicional, cabe mencionar que en el AGCS no hay referencia a los "servicios públicos", en el Anexo en Telecomunicaciones aparece la expresión "responsabilidades de servicios públicos" en el art. 5 (e) (i). Según ARENA no se ha creado una noción autónoma de servicios públicos en el AGCS, lo que no significa que no pueda crearse a instancias de las necesidades de los Miembros y si el formato de listado de compromisos, excepciones y disposiciones sobre reglamentación resulta insuficiente para salvaguardar su política de servicios públicos. ARENA, A., "The GATS notion of public services as an instance of intergovernmental agnosticism: Comparative insights from EU supranational dialectic", *Journal of World Trade*, vol. 45, no. 3, 2011, pp. 489-528, en p. 526-528.

⁷⁷⁶ Ver el Preámbulo del AGCS, inciso 5.

⁷⁷⁷ Los Miembros en base a sus decisiones de política comercial y política pública determinan el alcance del AGCS, en particular respecto a sus obligaciones sobre Acceso al Mercado y compromisos específicos que se asumen de conformidad con los listados de compromisos individuales de cada Miembro.

⁷⁷⁸ *Vid.* KRAJEWSKI, M., "Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework", *op. cit.* p. 338; LEROUX, E. H., "What is a "Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority" Under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services?", *Journal of World Trade*, vol. 40, no. 3, 2006, pp. 345-385.

AGCS a todos los sectores cubiertos por el Acuerdo. Además, la liberalización progresiva y el mandato de negociaciones proveniente del AGCS atañen en principio a todo el comercio de servicios⁷⁷⁹. El AGCS no equipara el concepto de “servicios públicos” o “servicios de interés general”⁷⁸⁰ al concepto de “servicios prestados en el ejercicio de la autoridad gubernamental”. Tal como comenta ADLUNG, la discusión sobre las actividades de servicios no puede restringirse a la definición del AGCS, ya que el mismo servicio tiene diferencia en su fundamento económico e institucional dependiendo de los países; es más, no hay una relación estable entre las medidas gubernamentales que pueden usarse en un determinado sector y un conjunto específico de disposiciones del AGCS⁷⁸¹.

Los servicios totalmente excluidos del alcance del AGCS son los suministrados en el ejercicio de la autoridad gubernamental⁷⁸², y a nivel sectorial se establecen excepciones totales en los servicios de transporte aéreo⁷⁸³. Esta suposición en realidad no es tan clara, ya que existen varias ambigüedades en la definición de “servicios suministrados en el ejercicio de la autoridad gubernamental”. La definición comprende aquellos servicios que “no son suministrados en condiciones comerciales, ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios”⁷⁸⁴. Desde una interpretación restringida, los servicios que son suministrados en “condiciones comerciales” se refieren a los servicios que incumben un “precio o una retribución”, muchos servicios públicos podrían estar entonces incluidos como servicios comerciales. Desde una interpretación más amplia, los servicios que son suministrados en “condiciones comerciales” incluirían también a los servicios prestados en base a un fundamento diferente que el “beneficio económico”, por ser parcial o

⁷⁷⁹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios*, Doc. S/L/93, 2001, *cit.*, párr. II:5.

⁷⁸⁰ Sobre el sentido y contenido de servicios de interés general (SIG) en la UE, *vid.*: COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Green Paper on Services of General Interest*, Presented by the Commission, Doc. Com(2003) 270 final, 21 May 2003 y COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *White Paper on Services of General Interest*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Doc. Com(2004) 374 final, 12 May 2004. El Protocolo n° 26 del TFUE está dedicado a los SIG, si bien no define este concepto. En la práctica de la Unión, el concepto de SIG se refiere a los servicios, sean «económicos» o no, que los Estados miembros consideran de interés general y que, por esa razón, someten a obligaciones específicas de servicio público. Este concepto abarca los servicios de interés económico general (SIEG) que caen en el ámbito de aplicación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), así como los servicios no económicos de interés general, a los que no se aplican las normas del TFUE: *vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Guía relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general y, en particular, a los servicios sociales de interés general, de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, de contratos públicos y de Mercado Interior*, Doc. SEC(2010) 1545 final, 7 December 2010, p. 17.

⁷⁸¹ Vid. ADLUNG, R., "Public Services and the GATS", *op. cit.*, p. 456–457.

⁷⁸² Vid. art. I:3 (b) y (c) del AGCS. El art. I establece que los servicios prestados en el ejercicio de la autoridad gubernamental están excluidos del Acuerdo.

⁷⁸³ Ver art. II del Anexo sobre servicios de transporte aéreo que excluye las medidas que afectan a los derechos de transporte aéreo y los servicios directamente relacionados al ejercicio de los derechos de tráfico.

⁷⁸⁴ Vid. art. I:3. (c) del AGCS.

totalmente subsidiados. KRAJEWSKI⁷⁸⁵ aclara que muchos servicios prestados tradicionalmente por el gobierno en una base no comercial son prestados ahora en una base comercial, es decir buscando obtener un beneficio económico, además, las alianzas privadas/públicas en ciertos sectores o las búsquedas de financiamiento del sector privado implican también la búsqueda de un beneficio económico.

Respecto a los servicios que no son prestados en *competencia con uno o varios proveedores de servicios*, no está claro por ejemplo si existe una relación de competencia entre los servicios públicos prestados por proveedores privados con los prestados por proveedores públicos. Esto suele ocurrir en sectores de educación y salud⁷⁸⁶, cabe también preguntarse en estos casos cuál es el mercado relevante al que apuntar para determinar si hay competencia o no. Asimismo, que exista competencia entre los proveedores de servicios está relacionado con establecer si se trata de servicios semejantes o no e incluso la posibilidad de sustitución elástica de los servicios puede implicar que los servicios sean prestados en competencia⁷⁸⁷.

De esta forma, y de acuerdo a la opinión general de la doctrina, los servicios públicos caen dentro del alcance del AGCS en tanto están incluidos en el rango de servicios cubiertos por el Acuerdo y por tanto se les aplican las disposiciones generales. Respecto a las disposiciones específicas y condicionales, los servicios públicos están sometidos a ellas, según el sentido y alcance de los compromisos específicos realizados por cada Miembro⁷⁸⁸. Los Miembros pueden excluir o limitar la aplicación de las disposiciones específicas sobre AM y TN de los servicios públicos mediante una selección de su oferta de compromisos de liberalización. En tanto que la aplicación de las disciplinas generales del AGCS, que tienen implicancia para la regulación interna de los servicios públicos y la eficacia de su prestación, no pueden limitarse o excluirse, salvo excepciones específicas.

Es cierto que el AGCS respeta ciertos estándares mínimos para la prestación de los servicios públicos y pretende mantener normalmente distancia con los objetivos vinculados con las regulaciones nacionales. Esto es debido a la forma de aplicación de las disposiciones del AGCS, con el llamado “AGCS la carta”⁷⁸⁹ se pueden adaptar a medida las disposiciones sobre el AM y TN

⁷⁸⁵ KRAJEWSKI, M., "Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework", *op. cit.*, pp. 351–352.

⁷⁸⁶ Para mayores detalles sobre la ambigüedad relacionada con la definición de “servicios prestados en competencia con uno o varios proveedores de servicios” *vid.* CHANDA, R., "Social Services and The GATS: Key Issues and Concerns", *op. cit.*, pp. 2004–2005.

⁷⁸⁷ *Vid.* KRAJEWSKI, M., "Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework", *op. cit.*, pp 355–352.

⁷⁸⁸ En el capítulo siguiente se analizará con detalle el Alcance del AGCS en referencia a los PED.

⁷⁸⁹ El AGCS adopta el sistema "a la carta" para el cumplimiento de las obligaciones que contiene. Cada gobierno tiene derecho a decidir qué sectores desea abrir al comercio internacional, y en qué medida, y a establecer restricciones a la entrada y participación extranjera.

de los servicios públicos. Esta flexibilidad también alcanza a ciertas obligaciones condicionales, obligación sobre reglamentación nacional y sobre monopolios⁷⁹⁰. Lo que ha llevado a señalar que las consideraciones sobre los servicios públicos no tienen un estatus especial en el AGCS, calificando al Acuerdo más bien de indiferente a los servicios públicos⁷⁹¹. Se afirma también que incluso las llamadas excepciones del AGCS, denominadas por parte de la doctrina como “excepciones de servicios públicos”, pueden en la práctica ser empleadas para perseguir otros objetivos; incluso objetivos de naturaleza proteccionista⁷⁹².

El segundo aspecto del debate sobre el impacto del AGCS en los servicios públicos apunta al alcance y sentido de las disposiciones del AGCS relacionadas con la prestación de dichos servicios y la incidencia de los compromisos específicos de los Miembros en la liberalización de los servicios públicos. Se coincide con KULKARNI⁷⁹³ en que puede existir un impacto favorable en los servicios públicos, pero marginal, derivado de la aplicación de las disposiciones generales del Acuerdo, sobre todo en aspectos relacionados con la buena administración pública y transparencia en la información.

Se apunta la falta de información y entendimiento erróneo sobre el AGCS, debido en parte a ciertas ambigüedades del Acuerdo, por lo que es necesario fortalecer al AGCS en el marco de las negociaciones de la Ronda de Doha. Se enfatiza también que bajo la estructura del AGCS es posible mantener la autonomía en la creación de políticas relacionadas con los servicios públicos.

Otro aspecto en la crítica al AGCS es que se hayan introducido elementos de un acuerdo multilateral de inversiones, ya que uno de los modos de prestación es la “presencia comercial de servicios”. Los compromisos en este modo significarían una apertura a la inversión en el sector, sobre todo en interés de los países desarrollados. Esta inversión se está realizando en diversidad de sectores, incluso en sectores como la salud y la educación. Sin embargo, nuevamente, en virtud de la flexibilidad del acuerdo y especificidad de las disposiciones, los Miembros pueden no incluir el Modo 3 en sus compromisos o incluir limitaciones de cualquier tipo (cuantitativas, discriminatorios, legales).

⁷⁹⁰ En el siguiente capítulo se analizará en más detalle la aplicación de las disposiciones generales y específicas del AGCS desde la perspectiva de los PED.

⁷⁹¹ Vid. ARENA, A., "The GATS notion of public services as an instance of intergovernmental agnosticism: Comparative insights from EU supranational dialectic", *op. cit.*, p. 516.

⁷⁹² Vid. Art. XIV b) del AGCS. Ninguna disposición del Acuerdo se interpretará en el sentido que impida establecer las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales. Las excepciones exigen la realización de las llamadas pruebas de necesidad, las que pueden ser incluso empleadas para restringir el acceso al mercado de una manera discriminatoria, *vid.* MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "What are the Main Challenges for the GATS Framework? Don't Talk About Revolution", *European Business Organization Law Review*, vol. 5, no. 3, 2004, pp. 511-562, p. 519-520.

⁷⁹³ Vid. KULKARNI, P., "Impact of the GATS on Basic Social Services Redux", *Journal of World Trade*, vol. 43, 2009, pp. 245-283.

Sobre el efecto de los compromisos específicos de los Miembros en los servicios públicos, algunos autores reconocen ciertos beneficios en la provisión de dichos servicios mientras otros apuntan sobre todo a los posibles riesgos o perjuicios que pueden causar, sobre todo a los PED. Los críticos a la realización de compromisos específicos en servicios públicos en el marco del AGCS apuntan al carácter vinculante e irreversible de los mismos y a que los compromisos podrían crear restricciones en la capacidad regulatoria de los gobiernos y especialmente se refieren a la inadecuada capacidad regulatoria de los PED⁷⁹⁴. Se teme con que la liberalización progresiva mine la autoridad de los gobiernos, ya sea de establecer y defender sus intereses nacionales y objetivos de política pública, y que se les obligue a liberalizar sus sectores de servicios⁷⁹⁵. La asunción de compromisos específicos podría tener consecuencias negativas marginales en los PED como consecuencia de la falta de conocimiento de las implicancias de los compromisos asumidos y carencia de capacidad técnica para la implementación adecuada de los compromisos. Especialmente en sectores de servicios sensibles como son los servicios públicos. Una preocupación es también la absorción de los servicios públicos por parte de empresas transnacionales y el impacto que puede tener en la calidad, costos y disponibilidad de los servicios públicos⁷⁹⁶. Se ha señalado también que en algunos casos la liberalización del CIS de salud y educación podría generar una exclusión de estos servicios en la población local más pobre⁷⁹⁷. Esto se generaría como consecuencia de una rigidez y escasez en la prestación de estos servicios. También se ha expresado la preocupación por la llamada “fuga de cerebros” en los sistemas de salud y educación poco desarrollados, lo que conllevaría también posibles pérdidas en inversión y capacitación técnica⁷⁹⁸.

Los que defienden los beneficios de los compromisos específicos en los servicios públicos apuntan a la flexibilidad del Acuerdo y la posibilidad de personalización del cumplimiento del Acuerdo. No hay obligación para los Miembros de hacer un compromiso respecto de un sector en el que no estén preparados para abrirse y si lo hacen pueden hacer una selección detallada de las actividades y subsectores que quieren abrir. También están facultados para mantener monopolios públicos o privados de cualquier sector de servicios. Lo que permite a los Miembros mantener el balance entre la equidad y la eficiencia, asumiendo compromisos apropiados⁷⁹⁹. Los Miembros para ejercer la flexibilidad en los compromisos deben entender el sentido de las disposiciones del Acuerdo y no estar sometidos a presión de los socios comerciales. El resultado actual de los

⁷⁹⁴ Vid. entre otros KESSLER, K. Y ALEXANDER, N., "Assessing the Risks in Private Provision of Essential Services", *G-24 Discussion Paper Series*, UNCTAD, Geneva, 2004, p. 19–20.

⁷⁹⁵ Vid. CHANDA, R., "Social Services and The GATS: Key Issues and Concerns", *op. cit.*, p. 2002.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 2002.

⁷⁹⁷ Vid. MITLIN, D., "GATS and water services: The implications for low-income households in the South", *Progress in Development Studies*, vol. 8, no. 1, 2008, pp. 31-44.

⁷⁹⁸ Vid. CHANDA, R., "Social Services and The GATS: Key Issues and Concerns", *op. cit.*

⁷⁹⁹ *Ibid.*; ADLUNG, R., "Public Services and the GATS", *op. cit.*, p. 2002.

compromisos existentes y ofertas revisadas en el AGCS muestra resultados modestos en sectores cubiertos y condiciones de acceso, en general y en los PED en particular⁸⁰⁰. Las ofertas presentadas hasta ahora podrían mejorar la seguridad en el acceso al mercado de servicios, pero no involucran ningún elemento de liberalización⁸⁰¹. Esto según ADLUNG testifica que no se manifiesta una presión por asumir compromisos en sectores denominados públicos (en particular en distribuciones del agua)⁸⁰².

Se han realizado análisis de la incidencia de los compromisos por sectores específicos, entre ellos, KIRKPATRICK Y PARKER⁸⁰³ analizan su incidencia en el sector de servicios del agua. Las cuales concluyen que la apertura a la participación privada del sector en los PED puede traer consigo un importante y potencial beneficio en términos de inversión, tecnología y experiencia en gestión. Pero también consideran que estos beneficios requieren un efectivo marco regulatorio, para controlar los comportamientos anticompetitivos, salvaguardar los intereses públicos y contribuir a los objetivos sociales de equidad y alivio de la pobreza⁸⁰⁴. Además, también se concluye que, dependiendo de las características de los compromisos realizados por los Miembros en el marco del AGCS, éstos pueden limitar la manera en que puede ser desarrollado y estructurado el mercado del agua⁸⁰⁵. Respecto al sector de la educación, LARSEN, MARTIN Y MORRIS afirman que existe una preocupación que tiene su origen en la limitación de la capacidad regulatoria de los Miembros, pero reconocen también el importante margen de maniobra que suele existir en la creación de políticas de dicho sector⁸⁰⁶.

Tomado en cuenta estas consideraciones, muchos Miembros han excluido los servicios públicos de sus compromisos específicos⁸⁰⁷, en este sentido la Unión Europea incluyó una excepción importante en sus compromisos horizontales. Esta excepción hace referencia al Modo 3 del AGCS (presencia comercial) y señala que: "En todos los Estados Miembros de la UE, los servicios considerados como servicios públicos (*public utilities*) a nivel nacional o local pueden estar

⁸⁰⁰ Vid. ADLUNG, R. Y ROY, M., "Turning hills into mountains? Current commitments under the GATS and prospects for change," *op. cit.*, p. 183.

⁸⁰¹ Vid. GOOTIIZ, B. Y MATTOO, A., "Services in Doha: What's on the Table?", *op. cit.*

⁸⁰² Vid. ADLUNG, R., "Public Services and the GATS", *op. cit.*, p. 460.

⁸⁰³ Vid. KIRKPATRICK, C. Y PARKER, D., (eds.), *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?* Cheltenham, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2007.

⁸⁰⁴ Vid. KIRKPATRICK, C. Y PARKER, D., "Domestic Regulation and the WTO: The Case of Water Services in Developing Countries", *op. cit.*

⁸⁰⁵ Vid. MITLIN, D., "GATS and water services: The implications for low-income households in the South", *op. cit.*

⁸⁰⁶ Vid. LARSEN, K., MARTIN, J. P. Y MORRIS, R., "Trade in Educational Services: Trends and Emerging Issues", *The World Economy*, vol. 25, 2002, pp. 849-868.

⁸⁰⁷ Se pueden revisar los listados de compromisos específicos de los distintos Miembros en la Base de Datos de la OMC, <http://tsdb.wto.org/default.aspx>. Se pueden revisar los compromisos específicos sobre AM y TN, así como excepciones a los compromisos, en una base horizontal (valido para todos los sectores) y por diferentes sectores comprometidos.

sujetos a monopolio público o a derechos exclusivos otorgados a empresarios privados”⁸⁰⁸. La Unión Europea también se reserva el derecho a otorgar subvenciones o subsidios estatales en el Modo 3, y añade de manera específica que: “la prestación de un servicio, o su subvención, dentro del sector público no constituye infracción del compromiso de TN”⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ *Vid.* KESSLER, K. Y ALEXANDER, N., "Assessing the Risks in Private Provision of Essential Services", *op. cit.*, p. 2. La nota explicativa indica respecto a los servicios públicos “Existen servicios públicos en sectores como los de servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología, servicios de investigación y desarrollo sobre ciencias sociales y humanidades, servicios de ensayos y análisis técnicos, servicios relacionados con el medio ambiente, servicios de salud, servicios de transporte y servicios auxiliares en relación con todos los medios de transporte. Se otorgan a menudo derechos exclusivos respecto de esos servicios a empresas privadas, por ejemplo mediante concesiones otorgadas por las autoridades públicas con sujeción a determinadas obligaciones. Como también existen a menudo servicios públicos a nivel descentralizado, no resulta práctica la formulación de listas detalladas y exhaustivas por sectores.”

⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 5. FRITZ, T. Y FUCHS, P., "Las negociaciones del AGCS (GATS) en la Organización Mundial del Comercio (OMC) – Un desafío para la sociedad civil internacional", Heinrich Böll Stiftung, Berlin, 2003.

CAPÍTULO CUARTO:

PRINCIPIOS VINCULADOS A LAS DISCIPLINAS SOBRE REGLAMENTACIÓN NACIONAL DEL AGCS

El régimen jurídico de la OMC que tradicionalmente se enfoca en la búsqueda de una integración comercial negativa, a partir de la Ronda de Uruguay evidencia cierta tendencia hacia una integración negativa más extensiva, e incluso hacia una integración positiva del comercio internacional¹. Como se verá, viene haciendo uso de instrumentos de liberalización del comercio de segunda y en algunas circunstancias tercera generación².

¹ Los acuerdos de la OMC se orientan claramente hacia la integración de tipo negativa, que tiene como fin eliminar las restricciones de acceso a los mercados de bienes y servicios, mediante principios y normas de no discriminación y de TNMF. A pesar de ello, varias disposiciones del Acuerdo ADPIC, Acuerdo de OTC y MSF muestran la tendencia hacia a la integración positiva en diferente medida. El Acuerdo MSF y el OTC requieren la necesidad o el carácter menos restrictivo de las regulaciones así como una base racional para las mismas. El Acuerdo MSF señala en el art. 5.6 que las medidas sanitarias y fitosanitarias deben también ser impuestas de una manera que no entrañe un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica. El Acuerdo de OTC, de conformidad con el art. 2.2, prohíbe que cualquier regulación técnica sea más restrictiva de lo necesario. Finalmente, esta idea con cierta particularidad también está plasmada en el art. VI:4 del AGCS. *Vid.* PETERSMANN, E.-U., "From 'Negative' to 'Positive' Integration in the WTO: Time for Mainstreaming Human Rights into WTO Law", *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 1363-1382; TRACHTMAN, J. P., "Regulatory Jurisdiction and the WTO", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 3, 2007, pp. 631-651, p. 641. Una integración más positiva en la forma de armonización o reconocimiento mutuo se ve reflejada el art. 4.1 de Acuerdo MSF y en el art. 2.7, del Acuerdo OTC. *Ibid.*, pp. 639-640. El GATT no contiene un requerimiento explícito de equivalencia o de facilitar el reconocimiento. Sin embargo, el requisito de necesidad establecido en art. XX(b) o (d) (excepciones de protección de vida o cumplimiento con el derecho) parece requerir un reconocimiento. El OA en el caso *Estados Unidos – Camarones* parece haber identificado un requisito embrionario de equivalencia en el “chapeau” del art. XX. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, (Estados Unidos – Camarones), Doc. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, (art. 2.15), párr. 144.

² Sobre los instrumentos de tercera generación de integración, son mucho más limitadas y laxas en el ámbito de los servicios y en algunos casos tienen un carácter inacabado. Es el caso de las disciplinas de reconocimiento del art. VII del AGCS y el párrafo 3 del Anexo sobre Servicios Financieros, que autorizan a los Miembros la posibilidad de reconocer titulaciones o licencias pero no lo requieren. Por su parte, el art. VI:4, como se verá, requiere de forma obligatoria a los Miembros con compromisos de verificar las competencias de profesionales de otros Miembros mediante procedimientos adecuados, por lo que esta disposición está relacionada o próxima a un instrumento de reconocimiento, además según TRACHTMAN, futuras disciplinas sobre la “prueba de necesidad” de la medida podrían eventualmente llevar a requerir judicialmente la equivalencia. Por lo que la equivalencia se convertiría en una consecuencia operacional del principio de proporcionalidad. *Vid.* MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "I now recognize you (and only you) as equal - an anatomy of (mutual) recognition agreements in the GATS", en LIANOS, I. E. Y ODUDU, O. (eds.), *Regulating trade in services in the EU and the WTO: trust, distrust and economic integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 415-444; DELIMATIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of

Mediante el uso de estos principios y normas busca que las regulaciones nacionales sean cada vez más sensitivas a las necesidades de la liberalización del comercio y a la apertura del mercado.

Los instrumentos de segunda generación se materializan por ejemplo en las pruebas de necesidad, que requieren que la medida no sea más restrictiva de lo necesario, y las disciplinas sobre transparencia, buena administración y debido proceso de la regulación doméstica³. En este sentido, varios Acuerdos de la OMC contienen nuevos principios y normas acordadas multilateralmente que orientan a los Estados a formular las llamadas regulaciones nacionales sensatas o de calidad⁴, relacionadas con lo que se denomina en esta investigación una buena gobernanza regulatoria⁵. Se establecen así limitaciones adicionales a la autonomía reguladora de los Miembros, las que pueden ser de mayor o menor grado. Estos principios pueden también enmarcarse en el ámbito del denominado derecho administrativo global (DAG) y los principios regulatorios de buena gobernanza en el marco de la OECD⁶.

the GATS", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 1, 2007, pp. 13-50; TRACHTMAN, J. P., "Embedding Mutual Recognition at the WTO", *Journal of European Public Policy*, vol. 14, no. 6, 2007, pp. 780-799, p. 790.

³ Sobre la taxonomía de las tres generaciones de instrumentos regulatorios y su aplicación en el contexto del AGCS *vid.* KRAJEWSKI, M., "Recognition, Standardization and Harmonization: Which Rules for GATS in Times of Crisis?", en PANIZZON, M., POHL, N., et al. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum (World Trade forum 2006)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 407-433, en pp. 413-416. Para una clasificación semejante en el contexto más general de la OMC *vid.* TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation & Services Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank and Oxford University Press, 2003, pp. 57-81, en p. 57.

⁴ Los principios para una mayor liberalización vinculados con la reforma regulatoria, según FEKETEKUTY, son el principio de transparencia de las normas y reglamentaciones, el debido proceso en la administración de las normas y reglamentaciones, la predictibilidad, no discriminación, criterio objetivo y basado en rendimiento, minimización de la carga regulatoria, transparencia de los objetivos regulatorios, uso de mecanismos de mercado y minimización del alcance de las regulaciones. *Vid.* FEKETEKUTY, G., "Regulatory Reform and Trade Liberalization in Services (Chapter 9)", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, Brookings Institution Press, 2000, pp. 225-240 Algunos de ellos están reflejados en el AGCS. Varios fueron analizados en el apartado anterior sobre regulación y comercio internacional de servicios. Ver también DELIMATSI, P., "Article III GATS: Transparency", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law, WTO-Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 92-107.

⁵ Ver el capítulo segundo sobre política de gobernanza regulatoria.

⁶ Ver el apartado sobre la interrelación entre el comercio de servicios y la regulación nacional en el marco de la OMC. La integración negativa más extensiva o segunda generación de instrumentos está integrada por principios de transparencia, buena administración y debido proceso, así como por principios de regulación menos restrictiva al comercio. *Vid.* KRAJEWSKI, M., "Recognition, Standardization and Harmonization: Which Rules for GATS in Times of Crisis?", *op. cit.*, p. 414.

La OMC ha venido incorporando estos principios de buena gobernanza regulatoria de forma limitada, y su aplicación está sujeta a importantes restricciones, asimismo se vienen aplicando en la interpretación realizada por los órganos resolutorios de la OMC⁷.

En este capítulo se analiza cómo el AGCS incorpora estos principios de buena gobernanza regulatoria mediante disposiciones de segunda generación, orientadas hacia una integración negativa más extensiva, mediante disciplinas de transparencia, buena administración y debido proceso y disciplinas que buscan que la medida regulatoria que se aplique no sea más restrictiva al comercio de servicios de lo necesario.

Para ello, el primer apartado analiza los principios del AGCS que se han plasmado en disciplinas relacionadas con la reglamentación nacional de servicios. Se hace uso de un análisis relacional de los principales principios de liberalización del comercio respecto a las tres generaciones de obligaciones en el marco del AGCS, a fin de valorar el alcance del art. IV. Esto se completa con el análisis de la interacción de estos principios del AGCS con el concepto de gobernanza regulatoria.

En el segundo y tercer apartado se desarrollan en concreto los principios de buena administración y debido proceso y el principio de proporcionalidad. Se parte de los aspectos conceptuales, elementos constitutivos y enfoques en el ámbito de derecho internacional. Posteriormente se analiza la interpretación de estos principios en diferentes acuerdos de la OMC, a fin de estimar su aplicación en el contexto del art. VI del AGCS.

I. LOS PRINCIPIOS DEL AGCS Y LA GOBERNANZA REGULATORIA

A. Los Principios del AGCS y su relación con las Reglamentaciones Nacionales

Previo al estudio del art. VI, este apartado se dedica a entender la conexión entre los principios y disciplinas del AGCS y su relación con las regulaciones nacionales desde un

⁷ Vid. ESTY, D. C., "Good Governance at the World Trade Organization: Building a Foundation of Administrative Law", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 3, 2007, pp. 509-527; MITCHELL, A. D. Y SHEARGOLD, E., "Global Governance: The World Trade Organization's Contribution", *Alberta Law Review*, vol. 46 no. 4, 2009, pp. 1061-1080.

enfoque más amplio. Estas disciplinas ya han sido estudiadas en el capítulo anterior al analizar el contenido del AGCS, por lo que en este apartado se identificará su grado de intromisión en el ejercicio de la capacidad regulatoria de los Miembros, al incidir en mayor o menor medida estas disposiciones en el contenido de las regulaciones nacionales relacionadas con el comercio de servicios. El análisis realizado en este apartado es el paso inicial para alcanzar un objetivo central de nuestro objeto de estudio, que es definir el sentido y alcance del art. VI del AGCS, disposición cuyo objetivo principal es minimizar el impacto de las medidas regulatorias internas “neutras en cuanto al origen” en el sector de los servicios e introducir principios de buena regulación en el sector de los servicios.

Se han identificado tres generaciones de obligaciones o enfoques de la liberalización del comercio de servicios, en relación a su grado de incidencia en la autonomía regulatoria: obligaciones de primera, segunda y tercera generación. Esta clasificación, basada en los diferentes enfoques de la integración económica internacional, sirve para identificar a las llamadas disposiciones relacionadas más directamente con la búsqueda de una adecuada “reglamentación nacional”.

Como es sabido, la integración consiste en la eliminación progresiva de las fronteras económicas entre países y se suele distinguir entre integración negativa e integración positiva. Que son a su vez los dos principales enfoques de todo proceso de integración económica internacional⁸. La integración negativa se realiza mediante el uso de normas de carácter sustantivo, como normas de no discriminación o normas más intrusivas como las de acceso al mercado. Las medidas negativas tienen como objetivo eliminar o limitar los obstáculos que separan a las economías. Impedimentos al movimiento de bienes, servicios y factores de la producción; por ejemplo, la reducción o eliminación de los aranceles entre países Miembros. La integración positiva se realiza mediante criterios de armonización internacional, reconocimiento mutuo y estandarización. Estos conllevan mecanismos de cooperación, así como la creación y modificación de instrumentos e instituciones a nivel supranacional. Por ejemplo, la armonización de políticas macroeconómicas, que se van ampliando conforme la integración avanza, hasta la transferencia de competencias estatales a órganos de tipo supranacional, cuyo modelo más claro es la integración de la UE⁹.

⁸ Vid. TUGORES, J., *ECONOMÍA INTERNACIONAL, GLOBALIZACIÓN E INTEGRACIÓN REGIONAL*, 5ª ED., MADRID, MCGRAW HILL, 2002, capítulo 6.

⁹ En este proceso no se trasfiere dicha soberanía del Estado a las OOI, sino que se atribuye el ejercicio de competencias soberanas. Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., "Globalización y soberanía de los Estados", *Revista electrónica de estudios internacionales*, vol. 10, 2005, p. 12-13 Como señaló el TPJI en su

Cabe recordar que los instrumentos normativos de las relaciones económicas internacionales se pueden clasificar conforme al grado de integración económica¹⁰, se habla entonces de:

- Obligaciones de acceso al mercado: que están relacionadas con la liberalización comercial sobre el acceso a los mercados internacionales.
- Obligaciones de no discriminación: que son las normas de trato de la nación más favorecida y trato nacional. Estas obligaciones se relacionan con el marco legal aplicable a las transacciones y operaciones cubiertas por los acuerdos comerciales. La legislación nacional no sufre cambios o modificaciones.
- Normas de Derecho Uniforme: que crean normativa uniforme para desarrollar un marco jurídico común (o único) para las transacciones internacionales cubiertas por el acuerdo internacional. Son las normas de armonización, reconocimiento mutuo y estandarización internacional de integración uniforme.

Los dos últimos instrumentos se aplican principalmente a las obligaciones de carácter interno (con la exención de la regla de NMF) por lo que estos instrumentos son considerados mucho más intrusivos y más difíciles de abordar que el primer instrumento, ya que su ámbito de aplicación son especialmente las transacciones internacionales. De esta forma, los acuerdos de comercio internacional buscan la integración del comercio ya sea mediante la limitación o eliminación de barreras al comercio o mediante el uso de mecanismos de cooperación. Ambos aspectos involucran la aplicación de políticas y medidas regulatorias que favorezcan dicho proceso. Por lo que es necesaria la interconexión de las disciplinas de los acuerdos internacionales con las políticas regulatorias en la búsqueda de la calidad regulatoria que oriente una más adecuada liberalización del comercio.

sentencia del Asunto Wimbledon, “*La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. La faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État*” (CPJI: Recueil, série A, n° 1, p. 25).

¹⁰ Vid. TORRENT MACAU, R., "Una aproximación a la anatomía del MERCOSUR real", en BERLINSKI, J., PIRES DE SOUSA, F., et al. (eds.), *15 años de MERCOSUR: Comercio, macroeconomía e inversiones extranjeras*, Montevideo, Red de Investigaciones Económicas del MERCOSUR, 2006, pp. 9-78, en pp. 19-22. Originalmente en: TORRENT, R., "Regional Integration Instruments and Dimensions: An Analytical Framework", en DEVLIN, R. Y ESTEVADEORDAL, A. (eds.), *Bridges for Development: Policies and Institutions for Trade and Integration*, Washington D. C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2003, pp. 119-136.

En tanto, que en el marco de la OMC los principios e instrumentos normativos destinados a reducir el impacto del obstáculo al comercio internacional de mercancías y servicios se han clasificado de la siguiente manera¹¹: principios de no discriminación: que incluyen las normas de la nación más favorecida y de trato nacional; normas de acceso al mercado; normas sobre un comercio leal; normas para resolver los conflictos entre la liberalización del comercio y otros valores sociales e intereses (incluidas entre otras las normas de TED, medidas de seguridad y sanitarias); normas que promueven la armonización de la regulación nacional en temas específicos.

Respecto a las normas creadas para resolver los conflictos de la liberalización con otros valores sociales, se ha establecido el conjunto de excepciones a las normas de la OMC. Estas excepciones pueden ser sistémicas (como las relacionadas con el desarrollo económico de los países – dicese los sistemas de preferencias generalizadas y la protección de las industrias infantiles) y la posibilidad de establecer acuerdos regionales de integración. Además de las excepciones generales de los distintos acuerdos y específicas del GATT y del AGCS, excepciones de seguridad, salvaguardias y de balanza de pagos¹². A efecto de justificar la aplicación de las excepciones, el Estado debe demostrar la necesidad de la medida o regulación que genera la excepción. Por ejemplo en el caso del art. XX a) del GATT recoge la excepción de la salud y la vida de personas, animales y vegetales.

Para la aplicación y justificación de estas excepciones se toma en consideración el principio de regulación menos restrictiva al comercio “*least trade-distorting regulation*”, en tanto que la regulación debe causar el menor efecto restrictivo posible al comercio. La jurisprudencia del OSD ha flexibilizado el criterio de la aplicación de este principio, respecto de la aplicación de la medida menos restrictiva y la demostración de la necesidad de la medida. Tradicionalmente se requería la necesidad de la medida para alcanzar el fin y que dicho fin no fuera posible de alcanzar con otra medida menos perturbadora al comercio, la actual interpretación más laxa del principio conlleva solo una relación ideal entre el medio y el fin obtenido. En tanto que se ha venido interpretado la cuestión de la

¹¹ Se sigue en este sentido la clasificación desarrollada por VAN DEN BOSSCHE que es bastante específica y se ajusta a los diferentes elementos de los acuerdos de la OMC. *Vid.* VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 37 ss.

¹² Ver el GATT art. XX sobre excepciones generales, art. XXI sobre excepciones de seguridad, art. XIX sobre excepciones de emergencia económica, junto con el acuerdo de salvaguardas, arts. XII y XVIII: b sobre excepciones de la balanza de pagos. En el AGCS ver los arts. IV, V y XXIV, estas disposiciones se explicaron en el capítulo tercero.

necesidad de una manera más estricta respecto a la excepción de salud que respecto a la excepción sobre medio ambiente¹³.

En el marco de la OMC prima el uso de las normas de carácter sustantivo, se han acordado por tanto esencialmente disciplinas orientadas hacia una integración negativa de los mercados, sin embargo, como se ha visto, en el marco del AGCS aparecen también ciertos rasgos de una integración positiva¹⁴. Esta diferencia en el uso de los instrumentos jurídicos usados por el AGCS y el GATT tiene su origen en las características especiales de las barreras al CIS, que como se ha explicado, son eminentemente de carácter regulatorio. Por tanto, la identificación y clasificación de las normas del AGCS se realiza en relación con la interferencia de dichas normas en la autonomía regulatoria de los Estados. Si las normas multilaterales buscan un mayor grado de integración o una integración más positiva, mayor será el grado de injerencia en los asuntos internos. En este sentido, el AGCS presenta algunos principios que vinculan a los objetivos de liberalización del CIS con las regulaciones nacionales vinculadas a los servicios, esto ocurre cuando existe la necesidad de establecer regulaciones de calidad para un mejor acceso al mercado.

Se han identificado tres generaciones de obligaciones o enfoques de la liberalización del comercio de servicios, en relación a su grado de incidencia en la autonomía regulatoria, clasificación que deja de lado a las obligaciones sobre AM¹⁵.

Obligaciones de primera generación: Incluyen las disciplinas sobre no discriminación y acceso al mercado, compuestas por las normas sobre el TN y el TNMF que requieren la imparcialidad en las relaciones del comercio internacional. En general las obligaciones de AM que se materializan mediante la reducción de aranceles y prohibición de restricciones cuantitativas, garantizan un estándar de apertura del mercado. Dichas normas van en consonancia con los objetivos de la liberalización comercial del GATT/OMC. Este enfoque de disciplinas de primera generación se plasma en los diferentes acuerdos de la

¹³ Ver Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, (Estados Unidos – Gasolina), Doc. WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996. CHANDA expresa también mayor flexibilidad respecto de la aplicación del principio. CHANDA, R., "Movement of Natural Persons and the GATS", *The World Economy*, vol. 24, 2001, pp. 631-654.

¹⁴ Ver el estudio realizado sobre los arts. III, VI y VII realizado en el capítulo tercero.

¹⁵ *Vid.* KRAJEWSKI, M., "Recognition, Standardization and Harmonization: Which Rules for GATS in Times of Crisis?", *op. cit.* p. 413-416. Una tipología similar, más detallada es desarrollada por TRACHTMAN: TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", *op. cit.*, p. 57.

OMC, en el GATT¹⁶, OTC, MSF, Acuerdo ADPIC¹⁷ y en el AGCS. En el AGCS como se ha analizado en el capítulo tercero, estas normas se encuentran incluidas en el art. II, XVI y XVII, el TN y el AM se aplican solamente en la extensión de los compromisos específicos listados por los Miembros. El objetivo es disciplinar de manera específica el comercio internacional de bienes y servicios, por lo que establecen una menor restricción en la autonomía regulatoria de los Miembros¹⁸. Sin embargo, se entiende que incluye a la discriminación *de facto* de manera extensiva, ya que ésta puede generar que una regulación de carácter neutral respecto al origen sea afectada por la disciplinas, causando un efecto más restrictivo en la autonomía regulatoria¹⁹.

Obligaciones de segunda generación: Están integradas por disposiciones que constituyen las pruebas sobre la necesidad y adecuación de las leyes y regulaciones nacionales y establecen ciertos estándares generales que las leyes y reglamentaciones deben cumplir. En el marco de la OMC esta categoría está integrada por diferentes pruebas de proporcionalidad, dentro de ellas la prueba de los apropiado de la mitad o de la efectividad de la medida²⁰, la prueba de necesidad de la medida (alternativa menos restrictiva) y la proporcionalidad en *sensu stricto*²¹. Estas pruebas se plasman en las

¹⁶ Revisar en el GATT, el art. I sobre TNMF, el art. III sobre TN, y los arts. II y XVIII sobre AM.

¹⁷ Revisar el art. 2.1 del Acuerdo de OTC y el art. 2.3 del Acuerdo de MSF, que contienen disposiciones generales sobre no discriminación, pero no una cláusula específica sobre tratamiento nacional o NMF. También ver los arts. 3 y 4 del Acuerdo ADPIC.

¹⁸ Vid. MAVROIDIS, P. C., BERMAN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis*, AMERICAN CASEBOOK SERIES, St. Paul, MN, West, 2010 (verificar esta nota)

¹⁹ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2003, p. 108 ss.

²⁰ La CEJ frecuentemente usa el término "*suitability*" o "*appropriateness*" para referirse a la efectividad de la medida (ver CEJ Caso C-101/98. UDL, 1999 ECR. I. 8841 párr. 30). Autores como NEUMANN y TÜRK prefieren adoptar la expresión "efectividad", ya que los dos primeros pueden fácilmente ser malentendidos como indicadores de proporcionalidad en *sensu stricto*; para una similar terminología en el contexto del art. 2.4 Acuerdo de OTC, vid. FREEDMAN, D., "Cultural policy-making in the free trade era: an evaluation of the impact of current world trade organisation negotiations on audio-visual industries", *International Journal of Cultural Policy*, vol. 9, 2003, pp. 285-298 párr. 285; COHEN, T., "Domestic Policy and South Africa's Commitments Under the WTO's Basic Telecommunications Agreement: Explaining the Apparent Inertia", *Journal of International Economic Law*, vol. 4, 2001, pp. 725-754, párr. 7.116. Vid. también NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea — Beef, EC — Asbestos and EC — Sardines", *Journal of World Trade*, vol. 37, no. 1, 2003, pp. 199-233.

²¹ Para un análisis de las distintas pruebas de proporcionalidad en el Marco de la OMC revisar entre otros: NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea — Beef, EC — Asbestos and EC — Sardines", *op. cit.*; DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *Journal of International Economic Law*, vol. 4, no. 3, 2001, pp. 441-480; HILF, M., "Power, rules and principles - which orientation for WTO/GATT law?", *Journal of International Economic Law*, vol. 4, no. 1, 2001, pp. 111-130; ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective",

diferentes disposiciones de los Acuerdos de la OMC tanto como obligaciones negativas como positivas. Si se presentan como requisitos para justificar una violación de los Acuerdos, son pruebas de necesidad con el carácter de excepción y por tanto obligaciones negativas. Por ejemplo las estipuladas en el art. XX sobre las excepciones y el art. XIV del AGCS. Si se presentan como pruebas de necesidad aplicables a todas las normas nacionales cubiertas y requieren que las medidas vinculadas a los Acuerdos no sean más restrictivas de lo necesario, se trataría de obligaciones con un carácter positivo. Por ejemplo las estipuladas en art. 2.2 del OTC y del art. 3 del MSF, y discutiblemente también se podría incluir al art. VI:4 del AGCS²². Las pruebas de necesidad positivas en la OMC están dirigidas a las medidas no discriminatorias, ya que las discriminatorias están ya cubiertas por la primera generación de obligaciones²³. Típicamente requieren que una medida nacional no sea más restrictiva al comercio o *burdensome* de lo necesario. Requieren al menos que la medida en cuestión pueda hacer alguna contribución al objeto y que no exista una medida alternativa disponible que pueda hacer similar contribución y esté razonablemente al alcance del Miembro²⁴. Otras normas relacionadas con la regulación nacional tales como los requisitos de transparencia y debido proceso (de carácter procesal) pueden también ser considerados como instrumentos de segunda generación de la liberalización del comercio²⁵. Estas son consideradas normas que apuntan al carácter formal de la medida.

Texas International Law Journal, vol. 42, 2007, pp. 371-423; ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality and balancing in WTO law: a comparative perspective", *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 20, no. 1, 2007, pp. 71 - 92; VAN DEN BOSSCHE, P., "Looking for Proportionality in WTO Law", *Legal issues of economic integration*, vol. 35, no. 3, 2008, pp. 282-294; HILF, M. Y GOETTSCHE, G. J., "The relation of economic and non-economic principles in international law", en GRILLER, S. (ed.), *International economic governance and non-economic concerns*, Vienna, Springer, 2003, pp. 5-46.

²² El art. VI:4, como se verá, contiene un mandato normativo para que el consejo de servicios desarrolle disciplinas necesarias a fin de asegurar que las medidas relacionadas con los requisitos y procedimientos de titulaciones y requisitos de licencias y normas técnicas no constituyan restricciones "innecesarias" al comercio de servicios derivadas de las regulaciones nacionales. Por lo que podría entenderse que conlleva intrínseco una prueba de necesidad o proporcionalidad. Según ORTINO las futuras disciplinas derivadas del art. VI:4 se distinguen del principio de proporcionalidad o razonabilidad justamente por su especificidad respecto a su "subject matter" y "normative content". Vid. ORTINO, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law, Studies in international trade law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 26-27.

²³ El análisis detallado sobre las pruebas de proporcionalidad/necesidad en las disposiciones existentes en los acuerdos de la OMC y en particular la referencia a ellas en el art. VI del AGCS se realizará en el apartado siguiente.

²⁴ Vid. CHAN-TIBERGIEN, J., "Cultural Diversity as Resistance to Neoliberal Globalization: The Emergence of a Global Movement and Convention", *International Review of Education*, vol. 52, 2006, pp. 89-105.

²⁵ Vid. KRAJEWSKI, M., "Recognition, Standardization and Harmonization: Which Rules for GATS in Times of Crisis?", *op. cit.* p. 414.

El impacto de estas obligaciones de segunda generación es mayor que las de primera, ya que estas pruebas están dirigidas de manera específica a las medidas nacionales no discriminatorias, que son elementos clave del marco de regulación nacional. Las pruebas de necesidad o proporcionalidad, en general, no restringen o prohíben instrumentos regulatorios específicos o prescriben el uso de determinados instrumentos. Los Miembros son libres de aplicar cualquier medida que ellos requieran en tanto que los instrumentos no sean onerosamente restrictivos o más restrictivos de lo necesario. No hay restricción en la capacidad de optar por un instrumento regulatorio u otro. Por ende, una prueba de necesidad básica no restringe las metas regulatorias de la medida en cuestión, sin embargo, algunas pruebas especifican que una medida no debe ser más restrictiva de lo necesario para conseguir una meta regulatoria en particular²⁶, pudiendo entonces restringir en mayor medida la autonomía regulatoria.

Obligaciones de tercera generación: Incluyen disposiciones sobre reconocimiento mutuo, estandarización (equivalencia) y armonización. Estos son instrumentos de liberalización más avanzada, que requieren un mayor grado de integración económica y política, se suelen utilizar en los llamados Acuerdos de Integración. Bajo el enfoque jurídico de la integración regional, estas obligaciones implican la creación de legislación uniforme que establezca un marco legal común para las operaciones y transacciones abarcadas por los acuerdos de integración²⁷. En general, el reconocimiento mutuo requiere un estándar mínimo de cohesión regulatoria entre los diferentes sistemas que existen, esta cohesión suele ser a nivel regulatorio. La estandarización y armonización requiere por su parte un mayor acercamiento y acuerdo en aspectos sociales, económicos, científicos o técnicos de los países. La armonización global promovida por las OOII no suele ser vinculante, en cambio a nivel regional sí se pueden encontrar normas vinculantes de armonización²⁸. Estos instrumentos son los que tienen mayor impacto en la autonomía

²⁶ En el caso del AGCS VI:4 b), que hace referencia como meta a la calidad del servicio, como se verá, podría significar una la medida que tiene por fin un objetivo regulatorio diferente que el mencionado en la norma en cuestión no cumple con los requisitos de dicha específica prueba de necesidad.

²⁷TORRENT distingue como enfoques jurídicos de la integración, primero la imposición de obligaciones relacionadas con la liberalización comercial para acceso a los mercados, segundo la imposición de obligaciones de no discriminación (obligación de NMF y TN) dejando intacta la legislación nacional, y tercero la creación de una legislación uniforme. *Vid.* TORRENT MACAU, R., "Una aproximación a la anatomía del MERCOSUR real", *op. cit.* También considerado en TORRENT MACAU, R., "Los Acuerdos preferenciales y la OMC: Una perspectiva política, legal e institucional", en BOUZAS, R. (ed.), *Después de Doha la agenda emergente del sistema de comercio internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 29-57, en p. 49.

²⁸ Estas normas de mayor integración se observan claramente en el derecho de la UE y en particular en la creación y aplicación de las directivas comunitarias.

regulatoria nacional, porque requieren que haya una modificación, al menos parcial, en el marco normativo/regulador nacional. En el caso del reconocimiento mutuo las regulaciones nacionales del país de origen necesitan dar un lugar a las regulaciones del país de acogida y en el caso de armonización y estandarización las regulaciones nacionales son reemplazadas con normas transnacionales o supranacionales²⁹.

El sistema multilateral también contiene estos instrumentos aunque de forma incipiente, los que se pueden encontrar en el Acuerdo de OTC, el Acuerdo de MSF y también hay referencias de estas obligaciones en AGCS, tienen en todos los casos menor trascendencia que las obligaciones de primera y segunda generación³⁰. Las normas de armonización y reconocimiento en el AGCS que se ocupan de las barreras no discriminatorias no son fuertes en su formulación. Según STEPHENSON, esto se debe a que estas normas pueden conllevar un mayor grado de liberalización que los principios generales y otorgar a los actores económicos un mayor grado de predictibilidad, pero a la vez son más difíciles de negociar dadas las diferencias en los sistemas regulatorios y por la falta de información sobre la compleja interacción entre estos sistemas y el CIS³¹.

TRACHTMAN realiza una clasificación semejante a la que se acaba de revisar, pero más explícita, ya que no distingue entre las generaciones de obligaciones, sino entre las específicas disciplinas, cómo inciden en la autonomía regulatoria nacional y cómo están incluidas en el AGCS. Señala que estas categorías de disciplinas para la liberalización surgen como respuesta a la siguiente pregunta: ¿son los beneficios regulatorios suficientes como para justificar su costo en términos de control del comercio internacional?³² En este sentido se observan diferentes niveles de incidencia en la autonomía regulatoria, mediante diferentes disciplinas que buscan equilibrar el costo de la liberalización comercial. De

²⁹ Vid. KRAJEWSKI, M., "Recognition, Standardization and Harmonization: Which Rules for GATS in Times of Crisis?", *op. cit.*, p. 415- 416.

³⁰ Ver los arts. 2.6 y 2.7 del Acuerdo de OTC, arts. 3 y 4 del Acuerdo MSF y el AGCS en los arts. VI y VIII.

³¹ Vid. STEPHENSON, S., "Deepening Disciplines for Trade in Services", *Analyses on Trade and Integration in the Americas*, Organization of American States (OAS), Trade Unit Studies, Washington DC, 2001, p. 10.

³² Vid. TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", *op. cit.*, p. 60 ss. Para un análisis de varias de estas pruebas, en comparación con el análisis costo-beneficio y una crítica al análisis costo-beneficio, respecto al conflicto entre los valores del comercio y otros valores, ver TRACHTMAN, J. P., "Trade and... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity", *European Journal of International Law*, vol. 9, no. 1, 1998, pp. 32-85.

acuerdo con la clasificación de TRACHTMAN³³, el nivel de incidencia de las disciplinas del AGCS en la autonomía regulatoria es en general débil, según puede apreciarse de la tabla siguiente.

³³ *Vid.* TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", *op. cit.*, p. 60 y 77.

Tabla II: Disciplinas del AGCS y nivel de aplicación

DISCIPLINA	NIVEL DE APLICACIÓN	
	AGCS	DISCIPLINAS DE CONTABILIDAD (AGCS)
Normas antidiscriminatorias: Trato Nacional	En listados Servicios o proveedores de servicios similares	No cambia
Proporcionalidad/Prueba de necesidad, alternativa menos restrictiva	Débil	Se fortalece
Requisitos para que las medidas nacionales estén conforme a estándares internacionales	Muy débil	Se fortalece
Otros requisitos de armonización	Débil	No cambia
Reconocimiento	Débil	Se fortalece
Regulación de metas regulatorias o preservación de la autonomía nacional en el establecimiento de la metas	Débil	No cambia
Requisitos para una regulación científica u otra regulación “prudencial”	N. A.	No cambia
Consistencia interna	N. A.	No cambia
Autorización para acciones “precautorias”	N. A.	No cambia
Pruebas de balance	Muy limitada	Se fortalece
Distinción entre regulación de productos o servicios como tal y regulaciones del proceso de producción y aspectos relacionados con el alcance de la regulación para proteger valores extraterritoriales	Servicios/ proveedores de servicios	No cambia

Tomando en cuenta las clasificaciones anteriores, y a fin de identificar fácilmente los principios y técnicas del AGCS más estrechamente relacionados con las regulaciones nacionales, es decir que afectan en mayor grado al contenido sustantivo y formal de las regulaciones o reglamentaciones nacionales, se propone en esta investigación la siguiente taxonomía de los instrumentos de liberalización.

Ésta se ha desarrollado partiendo de los criterios más generales a los más específicos, es decir se considera el tipo de integración, la disciplina formulada en el AGCS y la técnica utilizada, y finalmente se establece el grado de incidencia en la regulación nacional. Se distingue el grado de integración económica que conllevan las distintas disciplinas, ya que a mayor integración, mayor es el nivel incidencia en la creación y aplicación de las regulaciones nacionales.

Tabla III: Instrumentos de liberalización comercial y su incidencia en las regulaciones nacionales

TIPO DE INTEGRACIÓN	AGCS				INCIDENCIA EN REGULACIÓN NACIONAL
	PRINCIPIO O DISCIPLINA	TÉCNICA	TIPO DE OBLIGACIÓN	DISPOSICIÓN	
INTEGRACIÓN NEGATIVA	Acceso al Mercado	normas numéricas y de cuotas	Obligaciones Específicas	XVI	BAJO
	Trato Nacional	examen del trato nacional	Obligaciones Específicas	XVII	BAJO
	Trato de la Nación más favorecida	examen del trato no menos favorable	Obligaciones Generales	II	BAJO
INTEGRACIÓN NEGATIVA MÁS EXTENSIVA	Transparencia	publicación, información, notificación, otras	Obligaciones Generales/ Específicas	III (VI:4)	MEDIO
	Buena Administración Debido Proceso	revisión de recursos administrativos y judiciales, derecho de información	Obligaciones Generales/ Específicas	VI:1 VI:2 VI:3 VI:6	MEDIO
	Regulación menos restrictiva al comercio (Proporcionalidad)	Examen de balance de intereses: pruebas de necesidad, otras	Obligaciones Generales/ Específicas	VI:4 VI:5 Disciplinas en contabilidad	MEDIO
INTEGRACIÓN POSITIVA	Normas de derecho Uniforme	Reconocimiento mutuo Armonización Estandarización	Obligaciones Generales	VI VII	ALTO

Como se aprecia de la tabla III y tal como se ha explicado, en el marco del AGCS las normas de carácter general, obligatorias para todos los Miembros, son la obligación de la NMF (también algunas relacionadas con la transparencia y las medidas para una buena administración)³⁴. Las normas sobre AM y TN son obligaciones específicas y obligatorias en tanto existan compromisos asumidos en determinados sectores de servicios. Estas obligaciones, en términos generales, se complementan con los principios y normas sobre regulación menos restrictivas al comercio, buena administración y transparencia que tienen un grado de incidencia “medio” en la regulación nacional. El cuadro se completa con las normas de mayor nivel de integración y por ende las más intrusivas, incluye normas sobre derecho uniforme, tales como el reconocimiento mutuo, la estandarización y armonización, cuya injerencia en la creación de regulación nacional es la más alta.

³⁴ Vid. FORINA, C., "Les principes directeurs", en DAILLIER, P., DE LA PRADELLE, G., et al. (eds.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, pp. 429-436. ; ORTINO, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p. 123.

De esta forma, en el AGCS, las normas para resolver los conflictos entre la liberalización comercial y otros intereses, si bien se plasman a manera de excepciones, de conformidad con el art. XIV del AGCS, también adoptan una forma positiva mediante las normas sobre la regulación menos restrictiva al comercio, que comprenden la imposición de pruebas de necesidad y de proporcionalidad.

B. La Gobernanza Regulatoria en el AGCS

Los aspectos de la gobernanza de la OMC de los que se ocupa esta investigación se refieren a los principios y normas de comercio multilaterales en el contexto de los servicios, vinculadas con la transparencia, buena administración y el principio de proporcionalidad. Estas disciplinas están incluidas en los diversos Acuerdos de la OMC y tienen relevancia en la creación e implementación de las regulaciones nacionales de Estados Miembros. Se consideran tanto los aspectos formales como los aspectos sustanciales de la gobernanza regulatoria.

La buena gobernanza o “buena administración” en la OMC se suele explicar desde una perspectiva externa e interna. Desde el punto de vista externo, se relaciona esencialmente con las críticas que se hacen a la OMC sobre el rol de la organización en aspectos vinculados con la gobernanza global³⁵; esta investigación, sin embargo, no se ocupa de esta perspectiva³⁶. Desde el punto de vista interno de la organización, “la buena administración” se refiere al manejo y funcionamiento institucional de la OMC, así como a la repercusión de sus actividades administrativas y el trabajo de los tecnócratas en el Marco de la OMC³⁷, aspecto que tampoco se analiza en esta investigación.

³⁵ Sobre la contribución de la OMC a la democracia, se suele señalar que a pesar de que el proceso de toma de decisiones de la OMC es democrático, ciertas normas, procesos y estructuras de toma de decisiones pueden ser consideradas antidemocráticas y que ello nubla el proceso de toma de decisiones de los Miembros. *Vid.* CHIMNI, B.S., “The World Trade Organization, Democracy and Development: A View From the South” *Journal of World Trade*, vol. 40, 2006, p. 5; ELSIG, M., “The democratizing effects of multilateral organizations: a cautionary note on the WTO”, *World Trade Review*, vol. 12, no 3, 2013, pp. 487-507; ISMAIL, F., VICKERS, B., “Towards fair and inclusive decision-making in WTO negotiations”, en DEERE BIRKBECK, C., *Making Global Trade Governance Work for Development: Perspectives and Priorities from Developing Countries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 461-485; NADER, R., “WTO Means Rule by Unaccountable Tribunals”, *Wall Street Journal*, 17 August 1994; BACCHUS, J., “A Few Thoughts on Legitimacy, Democracy, and the WTO”, *Journal of International Economic Law*, vol. 7 no. 3, pp. 667-673.

³⁶ Sobre estudio reciente relacionado con la “buena administración” o “good governance” en la OMC desde el punto de vista ver entre otros... También serían cuestiones de constitucionalismo global...

³⁷ Ver por ejemplo el trabajo realizado por LANG, A. Y SCOTT, J., “The Hidden World of WTO Governance”, *European Journal of International Law*, vol. 20, no. 3, 2009, pp. 575-614.

Esta investigación se enfoca primero en la gobernanza desde sus aspectos administrativos, conforme lo estipulado en el AGCS, o dicho de otra manera, a aquellos *principios de derecho administrativo* que han sido incorporados en el AGCS y su relación con la regulación nacional de los Miembros, así como los posibles conflictos que generan en su interpretación.

Según la teoría del Derecho Administrativo Global (DAG), varios principios y doctrinas del derecho administrativo han empezado a aparecer, con características propias, en algunas áreas del DI, incluidos requisitos de transparencia, debido proceso y razonabilidad o proporcionalidad. Estos principios y normas de derecho administrativo, que también están incluidos en algunos Acuerdos de la OMC, constituyen la dimensión vertical de la denominada gobernanza regulatoria³⁸. Cabe resaltar que estos principios contribuyen a la denominada “gobernanza global”³⁹ y forman parte del concepto de buena gobernanza regulatoria⁴⁰. STEWART categoriza las prácticas de derecho administrativo que se dan en el marco global en dos tipos, como mecanismos de derecho administrativo “*top down*” a aquellos que tienen su origen en una institución internacional en sí misma, y como mecanismos “*bottom up*” a aquellos que tienen su base en el sistema de derecho administrativo nacional de los Miembros de la institución⁴¹. Este estudio se ocupa en este contexto de las prácticas desarrolladas en el AGCS en sí mismas, especialmente desde el enfoque “*top down*”.

Uno de los aspectos relevantes en los estudios del DAG es la relación que se establece entre las normas de derecho administrativo global y el sistema administrativo doméstico, ya que se pueden generar conflictos entre estas normas cuando se imponen requisitos procedimentales confusos o cuando existen principios aplicables en ambos marcos normativos. Lo que al parecer puede desprenderse de la interpretación del art. VI del AGCS, cuyas prescripciones carecen de claridad y sus principios parecen no identificarse

³⁸ Vid. STEWART, R. B. Y SANCHEZ BADIN, M. R., "The World Trade Organization and Global Administrative Law", *Global Administrative Law Series*, 2009/7, I. W. P. (ed.), Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, October 14, 2009, p. 14 ss.

³⁹ Vid. NOWROT, K., "Global Governance and International Law", WIRTSCHAFTSRECHT, I. F. (ed.), Universität Halle-Wittenberg, Heft 33, November, 2004, pp. 1-34.

⁴⁰ Está vinculada con el concepto de buena gobernanza regulatoria que se ha desarrollado en el capítulo primero. La buena gobernanza incluye aspectos de derecho administrativo y de responsabilidad. En esta investigación se considera esencialmente la contribución del AGCS a la buena gobernanza en su aspecto administrativo.

⁴¹ Vid. STEWART, R. B., "U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?", *Law & Contemporary Problems*, vol. 68, no. 3, 2005, pp. 71-72.

claramente como de orden internacional, sino que tienen más bien su origen en el derecho administrativo. En estos casos, desde la perspectiva del DAG no es necesario que exista dentro de los acuerdos de la OMC una prescripción exacta del procedimiento administrativo del sistema doméstico nacional para que este procedimiento sea aplicable. En este sentido, la doctrina considera que para que se trate de DAG es suficiente que exista un requerimiento amplio de buena administración o debido proceso en el marco global en el que su satisfacción imponga obligaciones nacionales⁴², parece ser entonces que las disposiciones del art. VI del AGCS de ajustarían a los requisitos del DAG.

Estos requerimientos de DAG, relacionados con la administración adecuada de la regulación, en el marco del AGCS y en particular en las prescripciones del art. VI, no han sido aún interpretadas por el Órgano de Apelación. Es por tanto de especial interés su estudio para determinar su potencial impacto en los ámbitos administrativos nacionales del sector de los servicios. Especialmente en los PED donde cuestiones como la equidad e independencia de la revisión judicial, la falta de transparencia en los procedimientos administrativos o la uniformidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas y decisiones administrativas suelen ser preocupaciones importantes en el sector de los servicios.

En segundo lugar, esta investigación se ocupa de la gobernanza regulatoria desde la perspectiva sustantiva incorporando el principio de proporcionalidad, en concreto mediante el requerimiento de que la medida no sea más restrictiva al comercio de lo necesario. Una disposición esencial en el AGCS sobre la gobernanza regulatoria, relacionada con la buena administración de la regulación y la calidad de la regulación nacional, es el art. VI sobre “reglamentación nacional” que contiene principios y normas que buscan una integración negativa más extensiva.

Como ya se ha introducido, las políticas de regulación y la reglamentación nacional en particular inciden en gran medida en el comercio de servicios⁴³, en términos generales, la regulación eficiente y de calidad es con frecuencia una condición para la efectiva liberalización del comercio. De manera más específica, existen ciertas regulaciones de servicios que directa o indirectamente pueden, en sí mismas, crear restricciones al CIS. Las

⁴² *Vid.* MITCHELL, A. D. Y SHEARGOLD, E., "Global Governance: The World Trade Organization's Contribution", *op. cit.*

⁴³ Ver el capítulo primero sobre la interfaz entre el comercio de servicios, regulación nacional y el marco de la OMC.

medidas de regulación nacional que afectan de alguna manera a la oferta de servicios son en principio permitidas por el AGCS y excepcionalmente prohibidas, siempre y cuando discriminen entre servicios nacionales o proveedores de servicios nacionales y extranjeros⁴⁴, o en todo caso, si son más restrictivas al comercio que lo necesario⁴⁵. Se reconoce que la reglamentación nacional puede llegar a constituirse como la forma principal de proteccionismo, en tanto que los aranceles y otras formas más tradicionales de proteccionismo son cada vez más reducidos⁴⁶.

En este sentido, el AGCS pretende minimizar los efectos restrictivos al comercio de servicios causados por las barreras derivadas de las regulaciones nacionales⁴⁷. El objetivo del Acuerdo es reducir y eventualmente eliminar las regulaciones eminentemente proteccionistas que impiden o restringen el comercio de los servicios y racionalizar las políticas de regulación que no son eminentemente o directamente restrictivas, pero que podrían serlo⁴⁸. Dentro de la estructura del AGCS existen una serie de disposiciones orientadas a regular justamente aquellas medias de regulación que pueden ser restrictivas y limitantes al comercio, por ser consideradas “excesivamente onerosas”⁴⁹, a pesar de no ser

⁴⁴ Conforme al art. XVII del AGCS el principio de TN solamente se aplica para los sectores y modos de servicios en que los Miembros hayan realizado compromisos, y está sujeto a salvedades expresamente señaladas (en contraste con el art. III del GATT). La restricción en la aplicación del principio de TN en este sentido se debe a que en los servicios la protección toma comúnmente la forma de regulaciones discriminatorias y el AGCS reconoce la necesidad de reconocer un cierto margen de proteccionismo. Ver el análisis detallado del capítulo tercero sobre las obligaciones específicas del AGCS.

⁴⁵ A diferencia de las restricciones de AM, como los aranceles de importación o limitaciones al número de prestadores de servicios, las que son en principio prohibidas conforme al art. XVI del AGCS.

⁴⁶ La tradicional política del régimen multilateral del comercio impone limitadas restricciones a la autonomía nacional. Se restringe a la aplicación de medidas “en la frontera” como aranceles, cuotas y subsidios a la exportación. Adicionalmente, se requiere que la regulación sea aplicada a los bienes importados y nacionales en una base no discriminatoria. Sin embargo, no se ocupaba tradicionalmente de las regulaciones que tengan objetivos más “prudenciales” o con efectos incidentales en el comercio internacional. El derecho del comercio internacional responde más al llamado derecho de “protección”, en tanto los aranceles y otras protecciones más tradicionales se han reducido considerablemente y los negociadores esperaban y esperan un aumento en otras formas de proteccionismo, por lo que el régimen del comercio internacional es hoy más intrusivo. *Vid.* TRACHTMAN, J. P., "Regulatory Jurisdiction and the WTO", *op. cit.* en p. 632-633. *Ibid.*, p. 232.

⁴⁷ Incluidas las medidas no sujetas a las disciplinas sobre AM y TN, tal como se ha explicado en el capítulo primero, en el apartado sobre barreras al comercio de servicios. Básicamente las barreras al comercio de servicios son regulaciones nacionales que afectan también a los prestadores de servicios, debido a que los servicios tienen como característica que son prestados en la mayoría de los casos dentro del territorio. *Vid.* MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T. J. Y MAVROIDIS, P. C., "Trade in Services (chapter 16)" *The World Trade Organization: law, practice, and policy*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 601-696.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 604.

⁴⁹ Esto se da cuando en la reglamentación nacional se convierte en demasiado difícil de cumplir para los servicios y proveedores de servicios extranjeros y esto impide que puedan entrar a mercado nacional, estas regulaciones tienen un efecto negativo real en el acceso al mercado.

eminentemente o directamente restrictivas. Como señala PAUWELYN, una medida de regulación relacionada con los servicios puede violar el AGCS incluso si no es considerada como una restricción de AM en virtud del art. XVI y si no discrimina a los servicios o proveedores de servicios extranjeros de los nacionales en virtud art. XVII⁵⁰. Las disciplinas que se ocupan de este tipo de medidas, no cuantitativas y no discriminatorias⁵¹, las cuales se relacionan con regulaciones sobre titulaciones, normas técnicas y licencias, están contenidas en el art. XVIII y art. VI.

Conforme al art. XVIII sobre compromisos adicionales se puede negociar cualquier compromiso adicional relacionado con este tipo de medidas y consignarlo en la lista de compromisos de los Miembros, por lo que la medida en cuestión podría violar este nuevo compromiso⁵². Como es el caso los compromisos adquiridos en el sector de telecomunicaciones, de servicios financieros y servicios profesionales⁵³.

Las disposiciones contenidas en el art. VI sobre reglamentación nacional, que son analizadas en detalle en los sub-apartados siguientes, disciplinan aquellas medidas que no son discriminatorias ni restrictivas al AM, conforme al art. XVI del AGCS, pero que sí pueden impedir o dificultar el comercio de servicios⁵⁴. Estas disposiciones son

⁵⁰ Vid. PAUWELYN, J., "Rien ne va plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS", *World Trade Review*, vol. 4, no. 2, 2005, pp. 131-170, p. 132-135.

⁵¹ Las restricciones cuantitativas, discriminatorias y no discriminatorias, son disciplinadas o limitadas conforme a lo establecido en el art. XVI sobre AM, mientras las restricciones causadas por el tratamiento discriminatorio son prohibidas conforme al art. XVII.

⁵² Conforme al art. XVIII, los Miembros podrán negociar compromisos con respecto a medidas que afecten al comercio de servicios pero no estén sujetas a consignación en listas en virtud de los arts. XVI o XVII, incluidas pero no limitadas a las que se refieran a títulos de aptitud, normas o cuestiones relacionadas con las licencias, por lo que el alcance del art. XVII es mayor que el art. VI. Dichos compromisos se consignarán en los listados de compromisos de los Miembros.

⁵³ Ver el Documento de Referencia adoptado el 24 de abril de 1996 por el Grupo de negociación sobre telecomunicaciones básicas, donde se adoptan principios y normas de competencia en el sector de las comunicaciones y el Informe del Grupo Especial en el la disputa México-Telecomunicaciones. Vid. DELIMATSIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *International Economic Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁵⁴ Ver el apartado del capítulo segundo de este estudio sobre las diferencias entre las disposiciones referidas al trato no discriminatorio, contenidas en los art. II sobre TNMF y en el art. XVII sobre TN, y las disposiciones sobre AM conforme art. XVI del AGCS. Algunas de estas diferencias en el ámbito de aplicación, sin embargo, han sido puesta en duda y debatidas por una parte de la doctrina, ver entre otros: PAUWELYN, J., "Rien ne va plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS", *op. cit.*; MAVROIDIS, P. C., "Highway XVI re-visited: the road from non-discrimination to market access in GATS", *World Trade Review*, vol. 6, no. 01, 2007, pp. 1-23; HOEKMAN, B., MATTOO, A. Y SAPIR, A., "The political economy of services trade liberalization: a case for international regulatory cooperation?", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 23, no. 3, 2007, pp. 367-391, p.386.

consideradas por la doctrina como el tercer elemento complementario, en un enfoque tridimensional para lograr un efectivo acceso al mercado de los servicios⁵⁵.

Resumiendo, el contenido del art. VI parece orientarse sobre todo a resolver cuestiones de gobernanza regulatoria a fin de asegurar el objetivo de una regulación de calidad⁵⁶. Por un lado, mediante la aplicación de disciplinas relacionadas con la buena administración de las normas o aspectos procesales, es decir con la aplicación de disciplinas relacionadas con el debido proceso y transparencia. En este caso la búsqueda de una buena gobernanza regulatoria se realiza en consideración a los aspectos formales de la medida. Estas disciplinas son estudiadas en este capítulo como obligaciones formales de gobernanza regulatoria.

Por otro lado, si bien es cierto que el AGCS no contiene disciplinas sobre el contenido material de regulación doméstica, en cambio el art. VI y en particular el art. VI:4 incluyen disciplinas que parecen contener formas más extensivas de integración negativa. Las cuales requieren a las regulaciones cierta base de racionalidad y/o justificación sobre necesidad de la medida o de su carácter menos restrictivo. Estas disciplinas se han denominado obligaciones sustanciales de gobernanza regulatoria. En el AGCS se ha recurrido a la incorporación, aunque de forma limitada, de pruebas de proporcionalidad, en particular de la prueba de necesidad de las medidas sobre servicios. La cuestión en debate es cómo y en qué intensidad se incorporaron y deben en todo caso extenderse dichas disciplinas y pruebas en el marco del AGCS.

Cabe mencionar que, adicionalmente al art. VI, el AGCS contiene también disciplinas relacionadas a una integración más positiva, orientadas a apoyar el reconocimiento mutuo y la armonización de la regulación. Parece, entonces, que el AGCS contiene ciertas normas mínimas de derecho uniforme⁵⁷, cuyo objetivo es buscar una cooperación mínima entre los

⁵⁵ Vid. MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Key Issues", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank y Oxford University Press, 2003, pp. 1-6p. 1, 3.

⁵⁶ Cabe recordar, tal como se analizó en el capítulo primero (último apartado), que son varios los principios relacionados con una regulación de calidad y buena gobernanza, tradicionalmente consideradas dentro de la jurisdicción doméstica; principios que están hoy integrados dentro de los diversos Acuerdos de la OMC. Además, en varios casos, estos principios están sujetos a las negociaciones de la ronda de Doha, vid. FRIED, J. T., "Keynote Speech: Trade, Regulations and Governance", en OECD (ed.), *Trade and Regulatory Reform, Insights from Country Experience, Industry, Services and Trade*, OECD, 2001, pp. 121-126, en p. 122.

⁵⁷ Las normas de derecho uniforme, junto con las normas de AM y de no discriminación, conforman los instrumentos jurídicos de las relaciones económicas internacionales y de la integración económica regional. Las normas de derecho uniforme buscan unificar las normativas, para crear un marco jurídico

Miembros en la regulación de los servicios. Según TRACHTMAN se trataría de mecanismos que tienen efecto en la “asignación de la jurisdicción reguladora” entre los Estados⁵⁸. Los cuales estarían también relacionadas con el art. VI, ya que en virtud del art. VI:4 se podrían eventualmente desarrollar estándares más fuertes relacionados a la necesidad de la medida, que pueden llevar a alcanzar una equivalencia judicialmente requerida⁵⁹.

II. LOS PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN Y DEBIDO PROCESO EN EL RÉGIMEN DE LA OMC

Los principios de buena administración y debido proceso tienen su origen en el derecho administrativo nacional, pueden ser entendidos como parte del sentido amplio de transparencia, el que está a la vez relacionado con la posible limitación de los Estados en su derecho a regular que puede ocasionar este tipo de obligaciones. La transparencia podría ser entendida entonces, en última instancia desde la perspectiva del derecho administrativo global, como coincidente con el derecho procesal administrativo, entendido como un todo. El cual incluiría entre otras, las obligaciones de participación derivado del principio de debido proceso, el deber de justificar las decisiones administrativas y los requisitos de una administración simplificada⁶⁰.

Como se ha comentado, estos principios se han introducido en el AGCS esencialmente en dos disposiciones, en el art. VI y en el art. III⁶¹, e incluso se pueden

común para las transacciones cubiertas por el Acuerdo. Estas normas tienen aspectos positivos y negativos, según TORRENT, dentro de los inconvenientes que pueden causar están: “el crecimiento de su número agrava la tensión entre la génesis del derecho internacional y la alternancia democrática en el poder en el plano interno”, “pueden amenazar la capacidad de adaptación a nuevas circunstancias, si su contenido o su número es demasiado extenso” y “son difíciles de redactar por darse en un contexto no uniforme en cuanto a tradiciones jurídicas y terminología”, además existe “la dificultad de corregir los errores existentes, debido a la dificultad de conseguir el acuerdo de las partes a nivel internacional”. *Vid.* TORRENT MACAU, R., "Una aproximación a la anatomía del MERCOSUR real", *op. cit.*, en pp. 19-21.

⁵⁸ Ver el análisis realizado por TRACHTMAN sobre el ejemplo del funcionamiento de la OMC en su función de asignación de autoridad reguladora y el marco teórico para analizar dicha función, *vid.* TRACHTMAN, J. P., "Regulatory Jurisdiction and the WTO", *op. cit.*, p. 639.

⁵⁹ Esto no es así en el lenguaje actual del AGCS, en tanto que el art. VII del AGCS y el párrafo 3 del Anexo de servicios financieros no requieren el reconocimiento, sino que solamente lo autorizan. La prueba de necesidad puede establecer un mandato de equivalencia de algunas regulaciones y no de otras, a través de la cual la equivalencia parcial se convierte en la consecuencia operacional del principio de proporcionalidad.. *Ibid.*, p. 643.

⁶⁰ *Vid.* BATTINI, S., VESPERINI, G., CIMINO, B. et al., "Global and European Constraints Upon National Right to Regulate: The Services Sector", Università degli Studi della Tuscia - Facoltà di Scienze Politiche, February 29, Roma, 2008.

⁶¹ En tanto que el artículo III del AGCS como se ha revisado en el capítulo tercero contiene disposiciones sobre la publicación y notificaciones de las medidas de aplicación general, el art. VI se ocupa en los párrafos VI:1, V:2 y VI:3 de la aplicación o administración adecuada de dichas medidas de aplicación

desprender también de manera más general del preámbulo del Acuerdo⁶², por lo que el contenido de las obligaciones de carácter procesal del art. VI deben ser interpretados a la vista de estos principios de transparencia y en particular de los principios de buena administración y debido proceso como elementos de una buena gobernanza regulatoria.

A. Los principios de buena administración y debido proceso, elementos constitutivos

Los principios de la buena administración y el debido proceso son inherentes al “*rule of law*”, en su dimensión formal. El sentido más tradicional del “*rule of law*” constituye en sí mismo los códigos o principios supremos de conducta para la sociedad⁶³; el segundo sentido de “*rule of law*” entiende que éste es el que somete a los miembros de la sociedad (incluido el gobierno) a estos principios supremos, por lo que constituye una extensión del primero⁶⁴. La OMC se ha venido orientando hacia el “*rule of law*” en estos dos sentidos, mediante el principio de debido proceso.

El derecho administrativo, por su parte, se enmarca dentro del segundo sentido arriba señalado, constituyendo en sí mismo una manifestación del “*rule of law*” o estado de derecho, respecto de las acciones gubernamentales, que, como se revisará, incluye varias doctrinas que se han incorporado en cierta medida en el marco de la OMC. Cabe resaltar que la aplicación de un debido proceso o un proceso justo en la toma de decisiones es

general y de obligaciones de debido proceso, y otras relacionadas con el deber de dar los fundamentos para las decisiones administrativas.

⁶² Como se verá, el art. VI:4 es una obligación sustantiva, ya que se ocupa del contenido material y no formal de las reglamentaciones nacionales, de los criterios que debe cumplir una regulación para que se considere de calidad. En esta disposición se menciona también el concepto de transparencia y señala que las disciplinas multilaterales que se llegarán a crear, deberán asegurar que las medidas relacionadas con licencias, titulaciones y normas técnicas deben estar basadas en “criterios objetivos y transparentes”. En otras disposiciones como los art. VII, VIII y XVII se establece la obligación de notificación y consulta. Asimismo el art. IV:1 requiere la creación de “puntos de contacto”, de especial relevancia para los PED.

⁶³ Vid. ALLARS, M., *Introduction to Australian administrative law*, Sydney, Butterworths, 1990, p. 14-18; FULLER, L. L., *The Morality of Law*, 2nd ed., Yale University Press, 1969, pp. 157-59; RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, p. 235-243; RAZ, J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 1979, p. 210-229.

⁶⁴ El “*rule of law*” también se plantea en términos más generales como un conjunto de principios que forman la base del sistema legal. Noción nacidas de justicia, igualdad ante la ley, “*legal entitlements*” o racionalidad del derecho son los principios subyacentes. Los principios incluyen normales legales abiertas claras, que son justas y estables y que constituyen normas capaces de ser seguidas. En términos de principios generales y principios de derecho administrativo, el estado de derecho da un marco de guía para los individuos y gobiernos. La discusión académica de “*rule of law*” es extensa. Vid. RUBENSTEIN, K. Y SCHULTZ, J., “Bringing Law and Order to International Trade: Administrative Law Principles and the GATT / WTO”, *Journal of Civil Rights and Economic Development*, vol. 11, no. 2, 1996, pp. 271-305, en p. 273. Disponible en: <http://scholarship.law.stjohns.edu/jcred/vol11/iss2/2/>

fundamental en los diferentes sistemas estatales y por ende en el buen funcionamiento del comercio internacional.

El “debido proceso” es una institución que tiene su origen en el derecho anglosajón, la expresión "*due process of law*" (traducible aproximadamente como "debido proceso legal"), que es una variación de la expresión “per legem tērrae”, “*by the law of the land*” contenida en la Carta Magna inglesa de 1215, "Magna Carta Libertatum"⁶⁵. A pesar de su antigüedad, así como su aplicación en diferentes sistemas, sigue siendo muy difícil de establecer una definición general del principio⁶⁶. Se pueden distinguir dos principales manifestaciones; el debido proceso procesal por el que, en esencia, ningún órgano jurisdiccional puede privar a los sujetos de derecho de sus derechos fundamentales salvo mediante procesos ajustados a la constitución⁶⁷ y el debido proceso sustantivo, el cual representa que la administración no puede limitar o privar arbitrariamente a los sujetos de sus derechos fundamentales, sin contar con un fundamento que lo justifique; se trata en la práctica de un autocontrol de la discrecionalidad de la administración pública en general⁶⁸.

⁶⁵ Texto sancionado en Londres el 15 de junio de 1215 por el rey Juan I de Inglaterra. “Due process is the principle that the government must respect all of the legal rights that are owed to a person according to the law of the land, instead of respecting merely some or most of those legal rights.” “Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación”.

⁶⁶ Existe una general aceptación del principio, pero sin embargo no una definición absoluta del principio. Los autores han llegado a una común aceptación que atribuye al principio unos determinados contenidos mínimos. Se concibe en este sentido una válvula reguladora entre la libertad individual y las previsibles imposiciones de la autoridad, asumiendo la existencia de conflictos entre los ciudadanos y la autoridad, encauzando la resolución de los mismos por medio de procedimientos jurídicos. Es el concreto alcance de esa legalidad el que, y en la práctica ha ofrecido varias versiones del principio, dependiendo de las concepciones de conceptos indeterminados, como el interés general, arbitrariedad, injusto o desleal. *Vid.* ESPARZA LEIBAR, I., "El Principio del proceso debido" (Universidad Jaume I, 1994), disponible en <http://www.tdx.cat/handle/10803/10427>, revisado el 29 de junio, 2014.

⁶⁷ El derecho a un debido proceso es una garantía constitucional consagrada por constituciones de muchos Estados aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales. El principio es predicable no solo dentro del denominado derecho procesal sino como un principio sustantivo fundamental informador de todo el ordenamiento jurídico. En el Derecho estadounidense por ejemplo es un principio constitucional fundamental en la jurisprudencia y aparece en el derecho civil, administrativo, y se aplica a las acciones de grupos tan diversos como la policía, agencias administrativas, órganos legislativos y cortes de justicia. *Vid.* RESNICK, D., "Ver “Due process and procedural justice”, en J. R. Pennock y J. W. Chapman: *Due Process and Legal Philosophy*, New York, 1977, p. 206.", en PENNOCK, J. R. Y CHAPMAN, J. W. (eds.), *Due Process*, New York, New York University Press, 1977, pp. 206 ss..

⁶⁸ *Vid.* ESPARZA LEIBAR, I., "El Principio del proceso debido", *op. cit.*, p. 91-92, CORWIN, E. S., "The doctrine of due process of Law before the civil war", *Harvard Law Review*, vol. 24, 1911, pp. 366-385 & 460-479; MCILWAIN, C. H., "Due process of law in Magna Carta", *Columbia Law Review*, vol. 14, 1914, pp. 27-51, p. 17. Ver el caso, Supreme Court of the United States, “Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey”, 505 U.S. 833, 846, 1992.

Este principio de “debido proceso” se encuentra en el sistema administrativo legal de muchos países y está constituido esencialmente por principios de naturaleza procesal⁶⁹. Se presenta de manera relevante en los países con *common law*, mediante dos principios: Primero el “*hearing rule*” basado en la máxima “*audi alteram partem*”, significa que se debe dar al afectado por la decisión la oportunidad de ser oído. Segundo el “*bias rule*”, basado en la máxima, “*nemo debet esse iudex in propria sua causa*”, es decir que ningún hombre debe ser juez en su propia causa, este principio proviene del derecho civil, e implica que la toma de decisiones debe ser imparcial.

El derecho al debido proceso, que es un principio de derecho administrativo o derecho público, alcanza una dimensión global al ser reconocido por la mayoría de Estados⁷⁰ y una dimensión supraestatal, pues este derecho ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros tratados de diverso contenido material. El concepto del debido proceso es además consistente con diversos sistemas administrativos como en el derecho administrativo de la UE⁷¹ o el derecho administrativo de varios PED. Para FEKETEKUTY⁷², el principio del debido proceso, aplicado al ámbito del comercio internacional, se refiere a la administración de las normas y reglamentaciones. El principio permite que las empresas afectadas por diversas leyes y regulación nacional tengan la oportunidad de consultar al gobierno sobre la interpretación y aplicación de las reglamentaciones relacionadas, a reclamar o apelar las decisiones regulatorias originadas tanto de órganos administrativos como judiciales y a obtener una respuesta, en el momento

⁶⁹ Vid. RUBENSTEIN, K. Y SCHULTZ, J., "Bringing Law and Order to International Trade: Administrative Law Principles and the GATT / WTO", *op. cit.*, p. 285.

⁷⁰ A manera de ejemplo, el derecho al debido proceso, en el Perú, se encuentra consagrado en el art. 139 inc.3 de la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dejado bien en claro que ese derecho se aplica a todos los entes, tanto privados como públicos, que llevan adelante procesos o procedimientos para ventilar la situación jurídica de los particulares. Esa misma jurisprudencia ha diferenciado este derecho en dos ámbitos, el objetivo referido a las garantías que todo proceso debe observar en su desarrollo y el subjetivo que se basa en los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad que debe observar cada decisión emitida por cualquier órgano de poder.

Considerar también que el principio de “justicia natural” en el sistema jurídico inglés y el “derecho de defensa” en el derecho civil administrativo no pueden ajustarse a la aplicación uniforme en un sistema internacional jurisdiccional. El contenido del que se puede describir como debido proceso, varía entre sistemas jurídicos, de acuerdo a las influencias políticas culturales y otras que condicionan cada particular sistema. Vid. THOMAS, J. C. Y PALMETER, D., "The need for due process in WTO proceedings", *Journal of World Trade Law*, vol. 31, no. 1, 1997, pp. 45-57, p. 45.

⁷¹ Vid. SCHWARZE, J., *European administrative law*, London, Sweet & Maxwell, 1992, pp. 3-10, 373-430.

⁷² Vid. FEKETEKUTY, G., "Regulatory Reform and Trade Liberalization in Services (Chapter 9)", *op. cit.*, p. 228-234.

adecuado, sobre dichas reclamaciones. El debido proceso asegura que al momento de tomar una decisión económica tanto los actores comerciales como los funcionarios de la administración tengan la información necesaria sobre el impacto de normas y reglamentaciones. Asimismo, el principio garantiza que las leyes y reglamentaciones sean administradas en una manera objetiva e imparcial. En este sentido, la doctrina administrativa del debido proceso se viene manifestando en el ámbito del derecho de la OMC⁷³. PETERSMAN afirma también que existe una presencia del principio de debido proceso y protección judicial de los derechos del individuo en el marco de la OMC⁷⁴. Este principio en su concepción amplia se encuentra en los tres primeros apartados del art. VI del AGCS.

Otros principios específicos de derecho administrativo relacionados con la buena administración y el debido proceso son el de razonabilidad, objetividad e imparcialidad de la medida, considerados desde su perspectiva formal o procesal que se encuentran también en las obligaciones formales del art. VI.

La noción de razonabilidad es utilizada en varias ramas del derecho público y privado⁷⁵, y se puede hablar de un principio de razonabilidad. El principio de razonabilidad cuya aplicación es actualmente muy usual en el derecho administrativo nacional⁷⁶, emerge como un instrumento de control del poder discrecional de las autoridades administrativas; tanto desde la perspectiva del “*common law*” como del derecho administrativo⁷⁷. Su enfoque clásico adopta un sentido negativo, lo que conlleva la prohibición de imponer decisiones que sean arbitrarias, irracionales o injustas, por lo que la doctrina francesa lo

⁷³ Vid. CASSESE, S., "A Global Due Process of Law", en ANTHONY, G., AUBY, J. B., et al. (eds.), *Values in global administrative law*, Oxford, Hart, 2011, pp. 17-60; DELIMATIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*. Un aspecto relacionado con la aplicación del principio del debido proceso en el marco de la OMC se encuentra en caso CE-Hormonas, en este caso el OA consideró que la obligación en un Grupo especial bajo el art. 11 del ESD- de hacer una valoración objetiva de la cuestión también incluye principios de debido proceso de o justicia natural. Vid. WTO Appellate Body, EC — Hormones AB-1997-4, 16 January 1998, párr. 133.

⁷⁴ Vid. PETERSMAN, E.-U., *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, 3 vols., University Press, 1991, p 234.

⁷⁵ Vid. MACCORMICK, N., "Reasonableness and Objectivity", *Notre Dame Law Review*, vol. 74, no. 5, 1999, pp. 1575- 1603, p. 1578-1579.

⁷⁶ Según Bobek esta noción se aplica en numerosas jurisdicciones, BOBEK, "Reasonableness in Administrative Law: A comparative reflection on Functional Equivalence", *vid.* BONGIOVANNI, G., SARTOR, G. Y VALENTINI, C., (eds.), *Reasonableness and Law* vol. 86, *Law and Philosophy Library Law*. London, Heidelberg, Springer, 2009, p. 314-323.

⁷⁷ Vid. A. SANDULLI, Il procedimento, in S. Cassese (ed.) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 1064 et. seq.

denomina el error manifiesto de apreciación⁷⁸ y en el derecho inglés es conocido como *Wednesbury unreasonableness*⁷⁹. El tribunal determinó que se podría modificar una decisión administrativa errónea, por motivos de no-razonabilidad, únicamente si se daban los siguientes requisitos: que la empresa tomara la decisión teniendo en cuenta factores que no deberían haberse tomado en cuenta; que la corporación no haya podido tomar en cuenta los factores que deberían haber tomado en cuenta; o si la decisión fue tan poco razonable que ninguna autoridad razonable en su sano juicio nunca consideraría imponerla. Por tanto, el significado de irracionalidad comprende dos significados basados en criterios extremos⁸⁰, por un lado un conjunto de defectos o errores que sean los suficientes como para llevar a considerar al acto como irrelevante y por el otro, un significado más sustantivo, el cual implica que la decisión en cuestión desafía la lógica o las normas morales aceptadas básicas⁸¹. Una parte importante de la doctrina ha criticado ese planteamiento al considerar que contiene una posición “abstencionista” por parte de los tribunales, ya que la intervención judicial se permite sólo si la decisión es extremadamente no razonable; por lo que se ha hecho un llamamiento hacia a un criterio más escrutinador o de revisión judicial. En esta línea de argumentos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adopta un enfoque más intrusivo para la revisión sustantiva, el enfoque se basa en el llamado principio de proporcionalidad⁸².

Desde otra perspectiva, el principio de razonabilidad tiene un significado general, el cual se sustenta en la corrección de varias formas de ilegitimidad de un acto estatal, como consecuencia del abuso de poder, y tiene también un significado más específico que se fundamenta en la determinación de discrecionalidad, basado en su *proprium*, entendida

⁷⁸ Sobre el “*erreur manifeste d’appréciation*”, *vid.* Conseil d’État, 15 février 1961, Arrêt Lagrange.

⁷⁹ Este término fue introducido en *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* ([1948] 1KB 223-229. Este enfoque se origina de la decisión del caso en que a las Associated Provincial Picture Houses (los demandantes) se les otorgó una licencia por una autoridad local para operar una sala de cine, estableciendo que niños menores de quince años no serían admitidos los domingos. Los demandantes buscaban una declaración de que esta condición era inaceptable, la Corporación Wednesbury, (el demandado), estaba actuando más allá de sus atribuciones legales.

⁸⁰ *Vid.* CRAIG, P. P., *Administrative law*, 5th ed., London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 553; DAVIS, K. C., *Discretionary justice; a preliminary inquiry*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969.

⁸¹ Como también se observó en el caso GCHQ luego de muchos años del caso *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*. *Vid.* *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* (1985) AC 374, 410 *per* Lord Diplock.

⁸² *Vid.* DELLA CANANEA, G., "REASONABLENESS IN ADMINISTRATIVE LAW", EN BONGIOVANNI, G., SARTOR, G., ET AL. (EDS.), *REASONABLENESS AND LAW*, HEIDELBERG LONDON, NEW YORK, SPRINGER, 2009, PP. 295-310, p. 297.

como la acción administrativa de buscar balance de intereses del conflicto⁸³. En la Unión Europea este principio, inspirado en el derecho alemán, se traduce en el deber de adoptar medidas que son proporcionales, y que son evaluadas mediante un análisis doble, que verifica si la medida es la apropiada para perseguir un determinado objetivo y la falta de una alternativa menos perjudicial (prueba de necesidad)⁸⁴. Se hará referencia al también llamado principio de proporcionalidad, que como se explicará más adelante algunas veces es entendido también como principio de razonabilidad.

Según ORTINO, el concepto de razonabilidad en el DIE puede utilizarse para proteger a los productos extranjeros vis à-vis un trato irracional o injusto dado por parte de los países importadores/receptores a través de sus medidas internas⁸⁵. Es un criterio normativo usado para controlar la discrecionalidad del Estado que puede incidir negativamente en el comercio internacional. De allí, que pueda ser visto como un principio administrativo que protege los derechos de los extranjeros contra el abuso del Estado, tanto a nivel administrativo, legislativo o judicial y como un instrumento de liberalización que impone ciertos requisitos en la capacidad de los Estados para adoptar las regulaciones nacionales que restringen el comercio o la inversión.

Es importante la distinción que se puede dar entre razonabilidad sustantiva y procesal, la razonabilidad sustantiva puede utilizarse para dar contenido a ciertos requisitos de imparcialidad que van a la sustancia de la medida gubernamental en consideración, la razonabilidad procesal en cambio se refiere a ciertos requisitos de imparcialidad en los procedimientos que llevan a la toma de decisión de la medida gubernamental⁸⁶. La orientación procesal del principio de razonabilidad que se analiza en este apartado⁸⁷ se

⁸³ Vid. CIMINO, B., "Reasonableness, Impartiality, Objectiveness and Participation: The GATS Standards", en BATTINI, S., VESPERINI, G., et al. (eds.), *Global and European Constraints Upon National Right to Regulate: The Services Sector*, Roma, Università degli Studi della Tuscia - Facoltà di Scienze Politiche, 2008, pp. 10-39, p. 24.

⁸⁴ On the proportionality principle in European jurisprudence, see Judgment of the European Court of Justice, 29 November 1956, in Case 8/55, *Fédération charbonnière de Belgique*; 14 December 1962, joined cases 5-11, 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*. Vid. también ELLIS, E., *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999, p. 66; ORTINO, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p. 402 ss.; BERMANN, G. A., "Proportionality and Subsidiarity", en BARNARD, C. Y SCOTT, J. (eds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford, Hart, 2002, pp. 75-99, p. 75 et. seq.

⁸⁵ Vid. ORTINO, F., "From 'Non-Discrimination' to 'Reasonableness': A Paradigm Shift in International Economic Law?", *Journal of European Public Policy*, 2005 p. 33.

⁸⁶ Vid. BERMANN, G. A., "The Principle of Proportionality", *American Journal of Comparative Law Supplement*, vol. 26, 1977-1978, pp. 415-432, p. 416.

⁸⁷ En tanto que el principio de razonabilidad sustantiva y en particular los criterios de proporcionalidad y prueba de necesidad son considerados en el apartado siguiente al analizar las disciplinas

desprende del art. VI del AGCS y en particular de las obligaciones formales de buena gobernanza de los párrafos VI:1, VI:2 y VI:3 del AGCS.

La razonabilidad procesal se puede decir que contiene dos conjuntos de requerimientos, los requisitos de transparencia y los requisitos de participación, donde el primero es frecuentemente instrumental al segundo. Los requisitos de transparencia se refieren a diversos requerimientos para hacer que las leyes, regulaciones y procedimientos relacionados con el comercio y la inversión sean claros y predecibles a todas las partes interesadas⁸⁸. Incluye una serie de requerimientos tales como disposiciones sobre consultas e intercambio de información entre las partes; requerir a las partes hacer pública la información (publicación); disposiciones referidas a dar información a partir de una solicitud específica o responder a las preguntas de las partes, entre otras (establecimiento de puntos de contacto); también incluye procedimientos de notificación de nuevas medidas referidas al comercio y la inversión. Finalmente la transparencia también puede referirse a la obligación de clarificar/hacer más transparentes los criterios usados para ejercer los poderes discrecionales de la administración. En este sentido la razonabilidad se invoca para requerir a los gobiernos de realizar un análisis de “caso por caso”, explicando la coherencia de las decisiones con los hechos establecidos en el procedimiento, así como para permitir un margen de flexibilidad al evaluar la solución más adecuada, a la luz de las circunstancias en concreto. La razonabilidad tiene también una implicación directa con la protección procesal consistente en la obligación “de dar una razón”, de una decisión administrativa o judicial⁸⁹, lo que se entiende como el deber de procesar con minuciosidad la solicitud, particularmente en lo referente a entender completamente los hechos relevantes⁹⁰.

sustantivas del art. VI.4. El principio de razonabilidad procesal en el AGCS está contenido esencialmente en el art. V:1 el cual señala que las medidas de aplicación general que afectan al comercio de servicios sean administradas de una manera razonable.

⁸⁸ Para mayor detalle sobre los requisitos sobre transparencia en el marco del DIE y de la OMC ver entre otros WOLFE, R. Y COLLINS-WILLIAMS, T., "Transparency as a trade policy tool: The WTO's cloudy windows", 2009.

⁸⁹ *Vid.* DE BELLIS, M., "A Duty to Provide Reasons: Definitive Safeguards Measures on Imports of Certain Steel Products", en CASSESE, S., CAROTTI, B., et al. (eds.), *Global Administrative Law: Cases, materials, issues*, 2008, pp. 81-85; HEPBURN, J., "The duty to give reasons for administrative decisions in international law", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 61, no. 03, 2012, pp. 641-663, p. 645 ss. Esta obligación se aprecia en ciertas disposiciones de las disciplinas de contabilidad o en el documento de referencia de los servicios de telecomunicación.

⁹⁰ El contenido de los requisitos de transparencia se ha mencionado al estudiar el art. III del AGCS sobre transparencia y también se volverá a revisar en el caso concreto de las negociaciones sobre el art. VI, donde la transparencia es un elemento central.

Sobre los requerimientos de participación, estos son usados para asegurar que las necesidades e intereses de todas las diferentes partes son tomadas en cuenta en el proceso regulatorio nacional. Se plasma en disposiciones relacionadas con el proceso, tanto en el momento previo a la adopción, en la implementación legislativa y la aplicación, así como en los procesos judiciales y administrativos. La participación puede ser activa y directa en la toma de decisiones, por ejemplo permitiendo a las partes (en este caso extranjeros) hacer comentarios por escrito a los borradores de las leyes y/o reglamentaciones que les puedan afectar y la obligación del Estado de recibir dichos comentarios y discutirlos con las partes interesadas. La participación pasiva se refleja en disposiciones que requieren a las entidades gubernamentales recibir los comentarios y tomarlos en cuenta tanto en sus debates internos como en el resultado de las leyes y reglamentaciones. A nivel global, la estructura de los derechos de participación es compleja, ya que algunas características que tienen son que se puede dar participación a las autoridades nacionales o a los individuos privados, que las autoridades domésticas pueden hacer comentarios en los procedimientos globales o nacionales de otro Estado, o que los individuos pueden ser oídos por entidades nacionales de países extranjeros⁹¹. En la OMC, por ejemplo, se da participación a las partes en el proceso de toma de decisiones nacionales respecto de investigaciones antidumping⁹²; se impone al Estado la obligación de garantizar la participación en los procesos nacionales de investigación sobre medidas de salvaguardia, y la OMC supervisa o controla que se dé tal participación a nivel nacional⁹³. También se observa en la OMC el caso de la garantía para la participación de los gobiernos nacionales vis a vis otros gobiernos nacionales, por ejemplo en los Acuerdos de MSF y OTC, en sus disposiciones sobre transparencia se

⁹¹ *Vid.* CASSESE, S., "A Global Due Process of Law", *op. cit.*, p. 21

⁹² De conformidad al Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, el párr. 6.1 establece "Se dará a todas las partes interesadas en una investigación antidumping aviso de la información que exijan las autoridades y amplia oportunidad para presentar por escrito todas las pruebas que consideren pertinentes por lo que se refiere a la investigación de que se trate".

⁹³ El Acuerdo de Medidas de Salvaguardia en el art. 3.1 establece: "Un Miembro sólo podrá aplicar una medida de salvaguardia después de una investigación realizada por las autoridades competentes de ese Miembro con arreglo a un procedimiento previamente establecido y hecho público en consonancia con el artículo X del GATT de 1994. Dicha investigación comportará un aviso público razonable a todas las partes interesadas, así como audiencias públicas u otros medios apropiados en que los importadores, exportadores y demás partes interesadas puedan presentar pruebas y exponer sus opiniones y tengan la oportunidad de responder a las comunicaciones de otras partes y de presentar sus opiniones, entre otras cosas, sobre si la aplicación de la medida de salvaguardia sería o no de interés público. Las autoridades competentes publicarán un informe en el que se enuncien las constataciones y las conclusiones fundamentadas a que hayan llegado sobre todas las cuestiones pertinentes de hecho y de derecho". El art. 13 establece el Comité de Salvaguardias, bajo la autoridad del Consejo del Comercio de Mercancías a fin de vigilar la aplicación general del presente.

establece la obligación de notificar a los otros Miembros sobre sus medidas en materia sanitaria o fitosanitaria y sobre los reglamentos técnicos⁹⁴. En el sector de los servicios, las disciplinas sobre reglamentación nacional en el sector de contabilidad, que implementa la disposición del art. VI:4, establecen que los Miembros pondrán a disposición del público los datos sobre las autoridades competentes y procurarán dar oportunidades de formular observaciones a las partes interesadas antes de la formulación de las medidas⁹⁵.

El principio de objetividad tiene dos significados, el primero y más general implica el deber de evaluar la toma de una decisión basada en un criterio que sea concreto, no subjetivo y abierto a un acuerdo unánime⁹⁶. El significado más restringido de objetividad implica el requerimiento de que una decisión sea basada en un criterio predeterminado, dándoles a los actos gubernamentales más predictibilidad⁹⁷. La objetividad y la amplia discrecionalidad de las entidades gubernamentales o de la administración en principio no suele estar reñida, en los diferentes sistemas administrativos la discrecionalidad suele considerarse compatible con el “*rule of law*”, en tanto que la discrecionalidad no interfiere con éste. Si bien varias legislaciones nacionales suelen considerar la aplicación de limitaciones a las administraciones nacionales con el objetivo de una mayor objetividad.

⁹⁴ El art. 7 del Acuerdo MSF establece “Los Miembros notificarán las modificaciones de sus medidas sanitarias o fitosanitarias y facilitarán información sobre sus medidas sanitarias o fitosanitarias de conformidad con las disposiciones del Anexo B.” El Acuerdo de OTC establece una regulación similar en el art. 2.9: “En todos los casos en que no exista una norma internacional pertinente o en que el contenido técnico de un reglamento técnico en proyecto no esté en conformidad con el contenido técnico de las normas internacionales pertinentes, y siempre que dicho reglamento técnico pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros, los Miembros: 2.9.1 anunciarán mediante un aviso en una publicación, en una etapa convenientemente temprana, de modo que pueda llegar a conocimiento de las partes interesadas de los demás Miembros, que proyectan introducir un determinado reglamento técnico”. Otros ejemplos de la implementación de los principios de participación en el marco de la OMC se pueden revisar en CASSESE, S., “A Global Due Process of Law”, *op. cit.*, pp. 36-41 y 49.

⁹⁵ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Decisión sobre las disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/63, 15 de diciembre 1998; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional en el Sector de la Contabilidad- Proyecto Proyecto*, Doc. S/WPPS/W/21, 30 de noviembre 1998, párr. 3 y 6: “3. Los Miembros pondrán a disposición del público, incluso a través de los servicios de información y de los puntos de contacto establecidos en virtud de los artículos III y IV del AGCS, los nombres y direcciones de las autoridades competentes (es decir, las entidades gubernamentales o no gubernamentales encargadas de la expedición de licencias a profesionales o empresas o de la reglamentación de la contabilidad). 6. Cuando adopten medidas que afecten significativamente al comercio de servicios de contabilidad, los Miembros procurarán dar oportunidades de formular observaciones y prestarán consideración a éstas antes de la adopción de las medidas.”

⁹⁶ Por ejemplo en el Acuerdo de Medidas SFS el principio de objetividad requiere que las agencias nacionales respeten la evidencia científica - art. 5. Valoración del riesgo y determinación del apropiado nivel de protección sanitaria o fitosanitaria.

⁹⁷ Por ejemplo, en las disciplinas de contabilidad se observa el uso de la predeterminación y objetividad, junto con el criterio general de transparencia, el art. 14 señala que “los procedimientos en materia de licencias... serán preestablecidos, de conocimiento público y objetivos”.

Sin embargo esto no suele ser predominante⁹⁸. La perspectiva internacional, sin embargo, tiene un enfoque diferente, los marcos normativos internacionales son precavidos de la discrecionalidad administrativa nacional y buscan técnicas para revisar y supervisar su ejercicio. La preocupación recae especialmente en la vulnerabilidad de los actores económicos extranjeros frente al tratamiento desfavorable/proteccionista de las entidades nacionales y la falta de un control democrático de la posible extraterritorialidad de las decisiones administrativas nacionales. Por ejemplo, en la normativa de la Comunidad Europea es una cuestión importante la predictibilidad de las acciones administrativas, que está vinculada con los principios de proporcionalidad y equidad⁹⁹.

En el marco de la OMC este principio ha asumido especial importancia en las áreas en que a las autoridades públicas se les ha otorgado un margen más amplio de apreciaciones y mayor control sobre actividades específicas que afectan al comercio. Por ejemplo, en el Acuerdo de Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación¹⁰⁰ y el reciente Acuerdo sobre Contratación Pública¹⁰¹. Por otro lado, la jurisprudencia de la OMC en el caso *EEUU – Camarones* hace referencia al problema del exceso de informalidad en los procedimientos, por el resultado de imprevisibilidad o falta de predictibilidad de los mismos¹⁰². Como se verá en el marco de los servicios, el art. VI:1 se

⁹⁸ Algunas excepciones a este criterio se pueden encontrar en el derecho de los EEUU, las cortes han empezado a imponer una limitación PREVENTIVA a las agencias administrativas de sus propios poderes discrecionales en la búsqueda de un adecuado “rule making procedures”. Ver por ejemplo las decisiones 326 F2d 605 (5th Cir. 1964), *Housing v Allen*, e 398 F2d 262 (2d Cir. 1968); y *Holmes v New York City Housing Authority*. Vid. CIMINO, B., "Reasonableness, Impartiality, Objectiveness and Participation: The GATS Standards", *op. cit.*, p. 19.

⁹⁹ Véase, en particular, la Directiva sobre servicios, art. 10.1 (Condiciones para la concesión de la autorización): “Los regímenes de autorización deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria.” Vid. UNIÓN EUROPEA, *Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior*, Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de diciembre 2006.

¹⁰⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE COMERCIO Y POLÍTICA DE COMPETENCIA, *Principios Fundamentales de la OMC de trato nacional, trato de la nación más favorecida y transparencia, Nota de la Secretaría*, Nota de la Secretaría, Doc. WT/WGTCP/W/114, 1 de abril 1999. El Acuerdo de Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación de la OMC tiene como uno de sus principales objetivos asegurar que la tramitación de licencias de importación, particularmente, licencias de importación no automáticas, se implementa de una manera transparente y predecible.

¹⁰¹ El Acuerdo revisado sobre Contratación Pública de la OMC contiene estos principios por ejemplo en el art. 8 sobre Condiciones de participación, art. 9 sobre Calificación de los proveedores, art. 11 sobre plazos suficientes para la preparación y presentación de solicitudes de participación y ofertas de los proveedores, art. 16 sobre Transparencia de la información sobre la contratación, entre otros.

¹⁰² Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, Doc. WT/DS58/AB/R, *cit.*, párr. 180: “Sin embargo, con respecto a ninguno de los tipos de certificación previstos en el art. 609 b) 2) existe un procedimiento transparente y previsible que sea seguido por los funcionarios competentes de los Estados Unidos. ...”

refiere a este criterio de “administración objetiva” de la medida, dada la gran discrecionalidad que tienen en general las autoridades nacionales en este sector, el art. VI:4 establece el desarrollo de nuevas disciplinas que garanticen criterios de objetividad en el otorgamiento de licencias de servicios¹⁰³.

El principio de imparcialidad de las acciones administrativas es de gran importancia particular en el contexto global. Tiene su origen en los principios de derecho público de prohibición de favoritismo, así como el principio “*nemo iudex in re sua*” “nadie puede ser juez de su propia causa”. Lo que en el ámbito comercial se traduce en igual tratamiento al comercio internacional de bienes y servicios, realizado bajo circunstancias similares; con el objetivo de preservar la competencia. La referencia a la imparcialidad se refiere al tratamiento dado por las autoridades gubernamentales a los individuos como tales, por lo que en el ámbito del comercio internacional se enfoca en el tratamiento acordado por las entidades de la administración a los actores económicos en cuestión y que ellos son los principales beneficiarios de las obligaciones sobre imparcialidad¹⁰⁴, y no se ocupa de ver si existe un trato discriminatorio a favor de las exportaciones de un determinado Miembro respecto del otro. Las normas internacionales, frente al conflicto de las estructuras nacionales y las funciones globales de la administración, buscan que la administración sea imparcial y se oriente hacia una administración más independiente y neutral. El modelo se caracteriza por la atribución de competencias regulatorias a organismos y autoridades que son independientes de los entes regulados y libres de sus influencias, también se caracteriza por la prohibición a los poderes públicos de ocuparse de cuestiones que vayan más allá de sus competencias estructurales del mercado¹⁰⁵. Esto se ha implementado en

¹⁰³ Ver el Documento consolidado de las disciplinas de reglamentación nacional de 2009. Ver también el Documento de Referencia de los servicios de Telecomunicación art. 6 y el art. II de las Disciplinas de contabilidad, “Requisitos de Licencia”.

¹⁰⁴ En el marco del GATT, el art. X presenta una disposición en este sentido y la jurisprudencia reafirma que la imparcialidad se refiere a los individuos como tales. En el Informe del Grupo Especial, *Argentina — Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados*, (Argentina — Pieles y cueros), Doc. WT/DS155/R, WT/DS155/R Corr.1, 16 de febrero de 2001, párr. 11.76. Ver también Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de bananos*, (CE — Banano, III), Doc. WT/DS27/R, 22 de mayo de 1997 párr. 32. Este asunto se consideró también en el consejo del Comercio de Mercancías. Ver OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE MERCANCÍAS, *Art. X del GATT de 1994 – Alcance y Aplicación*, Nota de la Secretaría, Doc. G/C/W/374, 14 de mayo 2002.

¹⁰⁵ *Vid.* BATTINI, S., VESPERINI, G., CIMINO, B. et al., "Global and European Constraints Upon National Right to Regulate: The Services Sector", *op. cit.*, p. 23.

marco de la OMC en el sector de los servicios de telecomunicaciones básicas, y existen postpuestas para extenderlo a otros servicios como los servicios postales¹⁰⁶.

B. Los principios de buena administración y el debido proceso en el artículo X del GATT

A manera de ejemplo y como una referencia previa al concreto estudio de las disciplinas de buena administración y debido proceso del art. VI, se realiza a continuación un breve análisis de estos principios en el marco del art. X del GATT. En tanto que el razonamiento de los órganos resolutorios de la OMC sobre conceptos incluidos en el art. X del GATT pueden servir como una orientación para interpretar el art. VI:1 del AGCS¹⁰⁷.

El art. X del GATT introduce el principio de transparencia procesal que requiere a los Estados Miembros publicar las medidas de aplicación general que afectan al comercio internacional, así como a administrar dichas medidas de manera uniforme, imparcial y razonable; distinguiendo entre el proceso legislativo y el proceso decisorio¹⁰⁸.

El principio incluye los estándares de buena administración y debido proceso, que están relacionados en concreto con el proceso adjudicatario, este principio de transparencia parece estar reflejado en los diferentes subpárrafos del art. X, lo que ha sido refrendado por

¹⁰⁶ Ver el Anexo en Telecomunicaciones, art. 5, el documento de referencia sobre telecomunicaciones básicas, art. 3, 5 y 6 ; también OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Servicios postales y de mensajeros: Propuesta de documento de referencia, Comunicación De Las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros*, Serie de reuniones extraordinarias, Doc. TN/S/W/26, 17 de enero 2005, párr. II: 3 sobre la exigencia de licencias individuales y la obligación de poner a disposición los criterios de concesión y plazos; y el punto II:4 sobre el requisito de independencia del organismo de reglamentación.

¹⁰⁷ El art. X del GATT constituye el “contexto” relevante para la interpretación del art. VI:1, en relación con lo estipulado por la Convención de Viena sobre los derechos de los Tratados art. 31.(1). Es útil por la falta de jurisprudencia de la OMC en el art. VI, respecto a términos tales como medida de aplicación general, administración, razonable, imparcial, entre otros. En este sentido se ha referido ya el OA respecto a la importancia del “contexto” en la interpretación de las excepciones del art. XIV del GATT y refiriéndose a las expresiones del art. XIV del GATT. *Vid.* MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, The Netherlands, Kluwer, Law & Busines, 2010, párr. 305. MITCHELL, A. D. Y VOON, T., "Reasonableness, impartiality and objectivity", en LIM, A. H. Y DE MEESTER, B. (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014, pp. 65-78, en p. 67.

¹⁰⁸ El art. X:1 y X:2 del GATT de 1947 incorporado al GATT de 1994, se ocupa de la obligación de publicación de leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general que cualquier parte contratante haya puesto en vigor sobre el comercio de mercancías y de obligación de publicación oficial previamente a la aplicación de la medida de carácter general que implique una nueva o mayor carga/restricción a las importaciones o exportaciones. En tanto el art. X:3 se refiere a las obligaciones de “aplicar de manera uniforme, imparcial y razonable sus leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de carácter general, así como a la obligación de mantener tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos, para la revisión y rectificación de las medidas administrativas relativas a las cuestiones aduaneras. Estos tribunales o procedimientos serán independientes de los organismos encargados de aplicar las medidas administrativas”.

el OA cuando ha interpretado dicha disposición¹⁰⁹. En concreto, el art. X del GATT constituye un ejemplo de cómo requisitos administrativos globales tienen implicancias significativas en el marco regulatorio nacional o en el derecho administrativo nacional¹¹⁰. La jurisprudencia de la OMC ha señalado que el art. X del GATT “requiere el cumplimiento riguroso de una mínima transparencia y requisitos procesales equitativos en la administración de las reglamentaciones comerciales, con respecto al comercio de bienes”¹¹¹. El Grupo Especial en el caso *CE – Determinadas cuestiones aduaneras*, haciendo una interpretación contextual del art. X del GATT, señaló que su objeto es asegurar en general el debido proceso para los actores comerciales, cuando ellos importen o exporten¹¹².

En concreto, el art. X:3 establece la obligación de aplicar de manera uniforme e imparcial y razonable las diversas medidas (leyes, reglamentos decisiones judiciales y disposiciones administrativas) relacionadas con cuestiones aduaneras y valoración de los bienes. Esta disposición se refiere a la administración de las medidas, no a la medida en sí, y los tres requisitos mencionados son jurídicamente independientes y se debe cumplir cada uno de ellos. El OA ha reconocido que esta disposición contiene la prescripción relacionada con las “debidas garantías procesales” respecto a la medida¹¹³, señalando que esta disposición contiene garantías fundamentales en la aplicación y administración de una medida.

¹⁰⁹ El OA en el caso *EEUU – Ropa Interior*, señaló que el art. X:2 contiene el principio de transparencia, que tiene dimensiones de debido proceso, es decir que “abarca una dimensión relacionada con las debidas garantías del procedimiento”. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales*, (Estados Unidos – Ropa Interior), Doc. WT/DS24/AB/R, 10 de febrero de 1997, p. 23. Respecto al art. X:3 el OA en el caso *EEUU – Camarones*, señaló: “También es evidente para nosotros que el párrafo 3 del artículo X del GATT de 1994 establece determinadas normas mínimas de transparencia y equidad procesal en la administración de las reglamentaciones comerciales que, a nuestro juicio, en este caso no se han cumplido”. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, Doc. WT/DS58/AB/R, *cit.*, párr. 183.

¹¹⁰ *Vid.* CASSESE, S., "Global Standards for National Administrative Procedure", *Law & Contemporary Problems* vol. 68, no. 111, 2005, p. 109.

¹¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, Doc. WT/DS58/AB/R, *cit.* párr. 180-183. Esta interpretación del art. X la realizó el OA con el objetivo de establecer si la medida en cuestión constituía una discriminación arbitraria, bajo el *chapeau* del art. XX del GATT.

¹¹² *Vid.* HOAD, D., "Profile - GATS, Sustainable Tourism and the International Year of Ecotourism (IYE 2002)", *Environmental Politics*, vol. 11, 2002, pp. 159-164, párr. 7.108, 7.4301. El párr. 7.108 señala: “La dimensión de debidas garantías de procedimiento que subyace al artículo X del GATT de 1994... indica que el objetivo 3 a) del artículo X es garantizar un trato equitativo y uniforme a los comerciantes cuando tratan de realizar importaciones o exportaciones en un determinado Miembro de la OMC”.

¹¹³ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, Doc. WT/DS58/AB/R, *cit.*, párr. 177.

En el caso *EEUU – Camarones*, el OA deja claro que el art. X:3 establece ciertos estándares mínimos de transparencia y justicia procesal en la administración de las regulaciones comerciales, los que no se habían cumplido en este caso; ya que la aplicación de la prohibición en cuestión negaba a los países afectados un debido proceso y por ende la prohibición no podría ser justificada bajo el *chapeau* del art. XX del GATT¹¹⁴. En este caso, como consecuencia de sus obligaciones de derecho internacional en el marco de la OMC, el procedimiento administrativo interno estadounidense tuvo que ajustarse para proporcionar el grado requerido de imparcialidad procesal. A pesar de no existir un efecto directo del derecho de la OMC sobre la ley de Estados Unidos, sus procedimientos administrativos nacionales se modificaron sustancialmente como consecuencia de una decisión de la OMC.

También se ha afirmado que del contexto más amplio de “debidas garantías de procedimiento” o de “debido proceso” del art. X:3 se desprenden estándares mínimos que debe cumplir la administración, tales como la información, la transparencia, la imparcialidad y la equidad¹¹⁵. En concreto, el OA se pronunció sobre si el contenido sustantivo de un instrumento administrativo legal puede ser considerado dentro del significado de “administrar” del art. X:3¹¹⁶. El OA consideró que puede darse la posibilidad de que un instrumento jurídico relacionado con la administración de las leyes o regulaciones puede ser considerado dentro del marco del art. X:3 (párr. 200 AB).

¹¹⁴ *Ibid.* párr. 147, párrs. 182–183. Ver también Higher Education Management and Policy Volume 14 Issue 3 (Complete Edition)", *Higher Education Management and Policy*, vol. 14, pp. I-186, párrs. 7.866–7.868. Sobre el principio del debido proceso en la OMC y su relación con la disputa *EEUU – Camarones* ver también: KINGSBURY, B., KRISCH, N. Y STEWART, R. B., "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, no. 3 & 4, 2005, pp. 15-61, p. 36; MITCHELL, A. D., *Legal Principles in WTO Disputes*, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 173-75.

¹¹⁵ *Vid.* HOAD, D., "Profile - GATS, Sustainable Tourism and the International Year of Ecotourism (IYE 2002)", *op. cit.*, párr.- 7.134: “En todos los casos, independientemente de la forma, la naturaleza y la escala de la aplicación de que se trate, el Grupo Especial considera que la aplicación debe ajustarse a determinadas normas mínimas de un procedimiento con las debidas garantías, lo que abarca conceptos como los de información, transparencia, justicia y equidad. A juicio del Grupo Especial, esas normas se derivan del contexto más amplio de debidas garantías de procedimiento del párrafo 3 a) del artículo X del GATT de 1994, que se ha analizado *supra* en los párrafos 7.107 y 7.108”. Ver DELIMATIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*

¹¹⁶ Los EEUU argumentaron que en sentido amplio hay dos diferentes categorías de leyes y regulaciones- las que son “administrativas en naturaleza” que puede ser cuestionados en general en virtud del art. X:3(a), y aquí esos que no lo son, que puede ser cuestionados en virtud del. X:3(a) solamente con respecto a su administración. *Vid.* Quantitation of GABA transporter 3 (GAT3) mRNA in rat brain by competitive RT-PCR", *Brain Research Protocols*, vol. 4, pp. 341-350, párrs. 25-31; ver también Informe del Grupo Especial, *Argentina — Piel y cueros*, Doc. WT/DS155/R , WT/DS155/R Corr.1, *cit.*, párrs. 11.69-11.72.

La buena administración de las regulaciones, de las que se ocupa el art. X:3 y que pueden ser cuestionadas por esta disposición, se refiere tanto a las medidas de aplicación general que son de naturaleza administrativa como a las que no son de naturaleza administrativa pero que pueden ser revisadas bajo esta disposición solo respecto a su administración¹¹⁷. El reclamante debe demostrar que el instrumento lleva necesariamente a una falta de administración razonable, uniforme e imparcial de la regulación¹¹⁸. El OA resolvió también respecto a los requerimientos de la buena administración del art. X(3) (a), interpretando en qué medida el requisito de “uniformidad” se extiende a los procesos administrativos llevados a una decisión particular. Asimismo, el OA resolvió respecto de si el art. X:3 a) requiere también “uniformidad” de los procesos administrativos llevados a una decisión particular; señalando que los procesos administrativos cubren potencialmente un amplio rango de procesos, por lo que no se requiere que se adopten procedimientos administrativos uniformes en todo el territorio de un Miembro. Por el contrario, “lo que tiene que ser uniforme es la aplicación de un instrumento jurídico a que se refiere el párrafo 1 del artículo X, pero no los procesos conducentes a decisiones administrativas ni los instrumentos que pudieran utilizarse en ejercicio de las actividades administrativas”¹¹⁹. Considerando que el OA no entró a explicar las diferencias en el proceso que deben ser demostradas para que ellos sean considerados como causas o no de una falta de uniformidad de la administración. Estas cuestiones, entre otras, reflejan la dificultad en aplicar los principios administrativos a los Miembros de la OMC.

La jurisprudencia que se ha revisado sobre la aplicación del art. X y en particular del art. X:3 proporciona un claro ejemplo de cómo ciertos requisitos administrativos introducidos a nivel global pueden tener implicaciones significativas para el derecho administrativo interno. Como se ha explicado, la transparencia tiene una relación directa con la buena administración o adecuada aplicación de la regulación. Tal como se

¹¹⁷ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Determinadas cuestiones aduaneras*, (CE — Determinadas cuestiones aduaneras), Doc. WT/DS315/AB/R, 13 de noviembre de 2006, en párrs. 25-31; ver también Informe del Grupo Especial, *Argentina — Piel y cueros*, Doc. WT/DS155/R, WT/DS155/R Corr.1, *cit.*, párrs. 11.69-11.72; Profile - GATS, Sustainable Tourism and the International Year of Ecotourism (IYE 2002)", *op. cit.*, párr. 200.

¹¹⁸ Vid. Profile - GATS, Sustainable Tourism and the International Year of Ecotourism (IYE 2002)", *op. cit.*, párr. 201.

¹¹⁹ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/AB/R, *cit.*, párr. 224. El Órgano de Apelación también señaló que las características en el proceso administrativo pueden constituir prueba de que los procesos no se aplican de una manera "uniforme, imparcial o razonable", la carga de la prueba recaerá en el demandante y el valor de esas pruebas dependerá de las circunstancias de cada caso, y necesariamente variará de un caso a otro. *Ibid.*, párr. 225.

desprende del art. X:3, las regulaciones de aplicación general deben ser administradas de manera uniforme, imparcial y razonable, la implicancia de la interpretación de estas nociones por los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación, en relación con el art. VI del AGCS, serán revisados con detalle en el apartado siguiente.

Futuros casos relacionados con esta disposición o similares, como es el caso del art. VI del AGCS, ofrecen un potencial enorme y significativo para el desarrollo del derecho administrativo global, ya que la revisión judicial es un control potente del poder administrativo. Por ejemplo, esta disposición y su interpretación pueden tener un importante impacto en cuanto a los requisitos de independencia, siendo un reto que el mecanismo de revisión administrativa de varios de los Miembros cumplan con el requisito del art. X (3)(b) sobre la independencia de los reguladores. El potencial impacto de esta disposición y su interpretación en el espacio administrativo global es especialmente importante para los Miembros donde la gobernanza regulatoria y la independencia de la revisión judicial se han mostrado deficientes.

El caso de la OMC pone en evidencia una creciente relación recíproca entre el llamado derecho administrativo global, requisitos y normas que tienen un mayor impacto en los sistemas administrativos domésticos. Como las obligaciones que impone el art. X del GATT sobre debido proceso en los sistemas legales naciones. La cuestión por investigar son los retos que plantean esta conexión y los potenciales conflictos que puedan derivar si en el marco global se imponen procedimientos, requerimientos o principios substantivos que pueden ser conflictivos con los ámbitos nacionales. Estos requerimientos de derecho administrativo global, relacionados con la administración adecuada de la regulación y el debido proceso, también existen en el marco del AGCS, en particular en las prescripciones del art. VI. Es de especial interés el estudio del art. VI para determinar su potencial impacto en los ámbitos administrativos nacionales del sector de los servicios. Especialmente en los PED donde cuestiones como la equidad e independencia de la revisión judicial, la falta de transparencia en los procedimientos administrativos o la uniformidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas y decisiones administrativas suelen ser preocupaciones importantes en el sector de los servicios.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL RÉGIMEN DE LA OMC

A. El principio de proporcionalidad, pruebas y elementos constitutivos

El principio de proporcionalidad es ampliamente reconocido en el DIP y en particular en el DIE. Se puede equiparar en el contexto del derecho administrativo con los principios de debido proceso y buena administración considerados desde su perspectiva sustantiva, principios que como se ha señalado son también inherentes al concepto más amplio del “*rule of law*”¹²⁰ que está presente en los diferentes sistemas jurídicos. En su manifestación sustantiva, el debido proceso en términos generales implica que la administración no “limite o prive de manera arbitraria los derechos fundamentales de los particulares”, y es la manifestación del autocontrol en la discrecionalidad de la administración¹²¹.

En el contexto del CI, el principio de proporcionalidad se ha traducido principalmente como el de la “regulación menos restrictiva al comercio”, o “*least trade restrictive measure*”¹²². Esto implica que tales regulaciones no conlleven un grado de restricción al comercio mayor del requerido para lograr el nivel adecuado de protección¹²³. Este principio tiene como objetivo principal limitar los posibles obstáculos al comercio que se generarían por la aplicación de regulaciones/medidas neutras y no proteccionistas de los Estados, constituyendo a su vez un complemento del principio de no discriminación.

¹²⁰ *Vid.* en el capítulo I lo explicado sobre el concepto de “rule of law” al realizar el análisis de la regulación nacional, p. x. El concepto de estado de derecho adoptado por el Secretario General de las Naciones Unidas es “Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal” *Vid.* ONU, Consejo de Seguridad, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Informe del Secretario General, Doc. S/2004/616, 3 de agosto de 2004, p. 5.

¹²¹ *Vid.* p. 38-39 de este capítulo.

¹²² *Vid.* CASSESE, S., “A Global Due Process of Law”, *op. cit.*.

¹²³ Ver por ejemplo el art. 5.6 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias: “...cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica.” (negritas añadidas).

Tomando como punto de partida el análisis del contenido más amplio del principio de proporcionalidad y su rol en la sociedad internacional, en este apartado se analiza su manifestación en el principio de derecho internacional económico de “la regulación menos restrictiva al comercio”, en el marco de la OMC. En concreto se estudia en qué medida se materializa el principio de proporcionalidad en las llamadas pruebas de balance de intereses de la OMC. Estas pruebas que se realizan sobre el contenido sustantivo de la medida son en esencia la prueba de la necesidad y la de proporcionalidad *sensu stricto*.

El análisis se realiza con mayor detenimiento respecto de la prueba de la necesidad de la medida en la OMC expresada como una obligación positiva, tomando en cuenta para ello la jurisprudencia de los órganos resolutorios de la OMC. Tal como se explicará, es a partir de esta última expresión del principio de proporcionalidad que se formula el contenido del art. VI:4 del AGCS y en cierta medida el art. VI:5.

El principio de proporcionalidad en un sentido amplio tiene un papel importante en muchos sistemas jurídicos, y es usado para asistir en la elección que se realiza entre valores sociales y otros intereses que entran en competición. El aspecto central del principio es el acto que realizan los diferentes tribunales de buscar un “equilibrio” entre estos valores e intereses, basándose en el peso atribuido a estos diferentes valores e intereses¹²⁴. Proporcionalidad es tanto una doctrina judicial como una doctrina legislativa que han de seguir las instituciones políticas. Es también un factor determinante en la función de revisar las medidas legislativas o administrativas que tienen los tribunales nacionales. Proporciona un estándar jurídico en función al cual una medida o acto estatal o individual pueden ser revisados. En este sentido la proporcionalidad está bastante relacionada con la cuestión de intensidad de revisión – el nivel del escrutinio realizado por los jueces¹²⁵.

El principio de proporcionalidad se ha aplicado e interpretado con ciertas diferencias en áreas del derecho tales como DIP, derecho administrativo, derecho de la UE, derechos humanos¹²⁶. En el contexto del DIP y la legitimidad de la contramedida es contrastada o comparada con el grado o gravedad de la infracción y el efecto que tiene en el estado contra el cual se aplica. Esto se suele plantear en cuestiones sobre responsabilidad del

¹²⁴ Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., "Looking for Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 284.

¹²⁵ Vid. DE BÚRCA, G., "The Principle of Proportionality and its Application in EC Law", *Yearbook of European Law*, vol. 31, no. 1, 1993, pp. 105-150; EMILIOU, N., *The principle of proportionality in European law : a comparative study*, London; Cambridge, MA, Kluwer Law International, 1996.

¹²⁶ Vid. DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 443.

Estado y en relación a las medidas de defensa propia adoptadas como resultado de un ataque armado¹²⁷. La proporcionalidad como es usada en el DIP está más bien limitada a una prueba “cuantitativa” y no para comparar políticas que sean conflictivas entre sí o que entren en competencia. El propósito es “adecuar la reacción a la medida contra la cual está dirigida”. Aunque no excluye necesariamente un análisis del tipo de contramedida adoptada. En el derecho de la UE el principio está explícitamente incorporado en el Tratado de la Unión y es también un principio no escrito que se desarrolla en base a la jurisprudencia de la TJUE¹²⁸. Se utiliza el principio por ejemplo para revisar las medidas nacionales que restringen la libertad de movimiento dentro del mercado interior comunitario - los objetivos de política pública se contrastan aquí con los objetivos de libre comercio.

La proporcionalidad se aplica en diferentes áreas bajo la forma de una prueba de revisión en diferentes contextos y funciones¹²⁹.

A nivel general se ocupa de revisar la discrecionalidad en el ejercicio de las competencias de las instituciones y autoridades de la administración. Aquí la prueba funciona como un límite a la libertad regulatoria de las autoridades públicas nacionales, para que las acciones de los ciudadanos estén restringidas únicamente a lo requerido por el interés público. Muchos PED admiten también el principio en este sentido, como por ejemplo el control de la discrecionalidad aplicado en el derecho administrativo de países de AL, énfasis en la protección de los derechos individuales de los individuos o en la mayor discrecionalidad de la administración.

Otro plano en el que se usa la proporcionalidad es cuando se restringen derechos o intereses, y la prueba se utiliza para explicarlos o justificarlos. La función aquí es la de buscar un “balance” o equilibrio entre estos derechos e intereses, normalmente en el marco de una resolución judicial. Se aplican distintos criterios y pruebas para determinar la

¹²⁷ Vid. CDI, Borrador del “Tercer Informe sobre Responsabilidad del Estado”, James Crawford, Rapporteur Especial, UN, GA Doc A/CN.4/507, 15 de marzo de 2002, párr. 306; TIJ, “Legalidad de la Amenaza o del Uso de Armas Nucleares” Opinión consultiva, TIJ, Informe del 8 de Julio de 1996, párr. 41; TIJ, Juicio de 25 de setiembre de 1997, “Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)”, General List No. 92, 1997, párr. 85.

¹²⁸ Existe una expresa referencia al principio de proporcionalidad en el art. 5 de la UE. Ver también el art. 5.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, donde se reconoce al principio (OJ (299) C 364/1). Vid. entre otros SCHWARZE, J., *European administrative law, op. cit.*, p. 677; ELLIS, E., *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, op. cit.*; JANS, J. H., “Proportionality Revisited”, *Legal issues of economic integration*, vol. 27, no. 3, 2000, pp. 239-266.

¹²⁹ Vid. ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., “Proportionality and balancing in WTO law: a comparative perspective”, *op. cit.*, p. 73 ss.

proporcionalidad. Este es el sentido que se suele aplicar en la UE en el área de libertades de movimiento dentro del mercado interno de la UE y también suele usarse este razonamiento en el derecho de la OMC, aunque no de forma tan explícita como en el marco de la UE¹³⁰.

También es usada la proporcionalidad para determinar el alcance de las normas o extensión de derechos. Por ejemplo el contexto del art. 34 y 35 del Tratado de Funcionamiento de la UE (antiguo art. 28 y 29 CE) que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación y exportación así como las medidas de efecto equivalente. El TJUE adoptó la doctrina de la “*rule of reason*” (un acto es considerado ilegal solamente si su efecto restringe el comercio de manera irrazonable). En este caso el ejercicio de proporcionalidad debe ser usado por la corte para determinar si el efecto de las regulaciones de los Miembros sobre el libre movimiento de bienes se puede justificar a la luz de los objetivos de dichas regulaciones¹³¹.

MADS Y ANDENAS exponen otras dos funciones del principio de proporcionalidad, a nuestro juicio, más específicas y vinculadas con aspectos procesales. Una de estas funciones es usada como un estándar para las decisiones judiciales de los actos legislativos y administrativos, la prueba está relacionada con una más completa revisión de los méritos de lo que realiza una prueba inicial de razonabilidad de la decisión inicial.¹³² La otra función específica está relacionada con la limitación en el poder de los jueces, aquí la proporcionalidad hace que se empleen argumentos racionales jurídicos en el proceso de toma de decisiones. Los argumentos y razonamientos deben presentarse y justificarse en un contexto de transparencia, mediante un análisis de proporcionalidad¹³³.

¹³⁰ Vid. DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 445.

¹³¹ En el caso Cassis de Dijon (Rewe-Zentrale AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein) las medidas del actual art. 34 del TFEU se dividen en medidas “distintamente aplicables” e “indistintamente aplicables”. Las Medidas indistintamente aplicables son las que *prima facie* no favorecen a los productores nacionales respecto de los importadores, pero que tienen los mismos efectos en ambos. El TJCE sostuvo que las medidas indistintamente aplicables que favorecen a los comerciantes nacionales sobre los importadores no violaban necesariamente el artículo 34 TFEU y que éstas podrían justificarse si cumplen los requisitos de que la medida sea necesaria para proteger al interés público o al consumidor. Sin embargo, la corte falló que la medida aplicada en este caso concreto no cumplía estas funciones y por tanto violaba el derecho comunitario.

¹³² Vid. CRAIG, P. P., *Administrative law*, *op. cit.*, p. 38. Comenta que la aplicación de la prueba de proporcionalidad ha traído consigo la preocupación sobre la indebida interferencia con el proceso de toma de decisiones, y la separación de poderes.

¹³³ Vid. CRAIG, P. P., *Administrative law*, Fourth edition. ed., London, Sweet & Maxwell, 1999, pp. 99-100.

La doctrina, como se ha comentado, identifica las diferentes áreas en las que se aplica, así como las principales funciones del principio de proporcionalidad, encontrando algunas veces un solapamiento entre áreas y funciones¹³⁴. Esto está relacionado con el hecho que no hay un único concepto del principio¹³⁵, éste puede entenderse de diferentes formas y puede estar constituido por diferentes elementos o pruebas. También se utilizan diferentes denominaciones para la proporcionalidad, es por ejemplo también denominado principio de razonabilidad¹³⁶, o puede adoptar el nombre de pruebas específicas que tienen algunos elementos de proporcionalidad dependiendo de la intensidad de la revisión, como son la prueba de necesidad, prueba de equilibrio o “*balancing test*” del análisis de costo beneficio, entre otros¹³⁷. También se puede entender a la proporcionalidad en sentido estricto, como una de las pruebas o “*trade-off device*” que ayudan a resolver conflictos entre diferentes normas, principios y valores¹³⁸. En esta investigación se utiliza el término proporcionalidad y no otras denominaciones y en el sentido que adopta la mayoría de la doctrina, es decir desde su enfoque amplio (si se trata de una de las concretas pruebas que se derivan del principio de proporcionalidad, se hablará de “proporcionalidad en *sensu stricto*”).

La definición amplia del principio de proporcionalidad, basada en el contenido de sus principales elementos, se deriva del marco de la UE, en donde la proporcionalidad es considerada un principio general del derecho de la UE¹³⁹ e incorporada en los tratados de la Unión. Los principales elementos, generalmente aceptados por la doctrina, que componen el sentido amplio del principio de proporcionalidad son: que la medida sea la adecuada o apropiada (prueba de una simple racionalidad de medios-fines), que la medida sea la necesaria o la alternativa menos restrictiva, y que la medida sea proporcionada en

¹³⁴ Vid. ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality and balancing in WTO law: a comparative perspective", *op. cit.*, p. 73.

¹³⁵ Vid. DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 443.

¹³⁶ En este capítulo, al definir el concepto del razonabilidad que aparece en el art. VI.1 del AGCS, se ha distinguido entre razonabilidad sustantiva y procesal, siguiendo a ORTINO. Vid. ORTINO, F., "From 'Non-Discrimination' to 'Reasonableness': A Paradigm Shift in International Economic Law?", *op. cit.*. La razonabilidad sustantiva es la que podría identificarse con el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

¹³⁷ Para una revisión de las similitudes y diferencias entre estas pruebas en el marco de la OMC y la UE ver TRACHTMAN, J. P., "Trade and... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity", *op. cit.*

¹³⁸ En este sentido TRACHTMAN identificó como algunas de estas pruebas a de proporcionalidad en *stricto sensu*, la necesidad o medida menos restrictiva al comercio, la prueba simple de racionalidad de medios-fines, pruebas de balances, análisis de costo beneficio. *Ibid.*, en pp. 35-36.

¹³⁹ Vid. EMILIOU, N., *The principle of proportionality in European law : a comparative study*, *op. cit.*, pp. 322-323, citando el TJUE, Fallo del 17 Diciembre de 1970, Caso 11/70 “Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel”.

*sensu stricto*¹⁴⁰. Estos elementos mencionados conforman a su vez las diferentes pruebas y grados de valoración ascendentes de la medida, pruebas que se aplican a fin de evaluar si se puede considerar o estimar que los actos u omisiones de un Estado cumplen con el principio de razonabilidad. En el marco de la UE para que una medida satisfaga la prueba de proporcionalidad por completo debe cumplir con estos elementos de forma acumulativa¹⁴¹.

Como se ha mencionado, en su conjunto los tres pruebas constituyen el contenido más amplio de proporcionalidad, o en palabras de JANS “*the most elaborate form of proportionality*”¹⁴². Esta definición es la más usada en general y también en el ámbito de la OMC, en tanto que varios estudios sobre la proporcionalidad han identificado en el marco de la OMC elementos de las distintas pruebas¹⁴³ ya sea de manera explícita o implícita. El contenido y las pruebas que se derivan del art. VI:4 del AGCS sobre el aspecto sustantivo de la medida, y en cierta medida del art. VI:5, se enmarcan de esta forma dentro del principio de proporcionalidad, en el sentido que se ha explicado.

El contenido de las distintas pruebas de la proporcionalidad o los elementos del principio de proporcionalidad en términos generales son los siguientes:

- La medida debe ser apropiada o adecuada o “*suitability test*” o “prueba de una simple racionalidad de medios-fines”

Es la prueba menos intensa, requiere que la medida en cuestión sea la adecuada para alcanzar el objetivo que ésta persigue.¹⁴⁴ La obligación de mostrar la “*suitability*” de la

¹⁴⁰ Vid. JANS, J. H., "Proportionality Revisited", *op. cit.*, p. 240 ss.; DE BÚRCA, G., "The Principle of Proportionality and its Application in EC Law", *op. cit.*, p. 113; ELLIS, E., *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, *op. cit.*; EMILIOU, N., *The principle of proportionality in European law : a comparative study*, *op. cit.*, p. 6, 23 ss; MORRONE, A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 186 ss.

¹⁴¹ Vid. TJUE, 5 de mayo 1998, Caso C-180/96 “United Kingdom v Commission (BSE)”, ECS [1998] I-2265, párr. 96.

¹⁴² Vid. JANS, J. H., "Proportionality Revisited", *op. cit.*

¹⁴³ Vid. TRACHTMAN, J. P., "Trade and... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity", *op. cit.*; SAITO, K., *Yardsticks for "trade and environment": economic analysis of the WTO panel and the appellate body reports regarding environment-oriented trade measures*, *Jean Monnet Paper 14/01*, New York, NY, New York University School of Law, 2001; ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality and balancing in WTO law: a comparative perspective", *op. cit.*, p. 74; ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality and Balancing in WTO Law: A comparative Perspective", en ALEXANDER, K. Y ANDENAS, M. (eds.), *The World Trade Organization and trade in services*, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 147-171; VAN DEN BOSSCHE, P., "Looking for Proportionality in WTO Law", *op. cit.*

¹⁴⁴ Vid. SNELL, J., *Goods and services in EC law: a study of the relationship between the freedoms*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2002.

medida en cuestión se ha traducido en el requerimiento de que exista una “relación causal” o “*causal connection*” entre la medida y sus objetivos perseguidos¹⁴⁵.

También es conocido como la prueba de “medios-fines”, a decir, si el medio empleado por la autoridad gubernamental esté racionalmente relacionado con los “fines” perseguidos por dicha autoridad.

El requisito de la conexión causal como parte del principio de proporcionalidad es marcadamente usado en el derecho de la UE, es también conocido en el ámbito de la UE como la prueba de *effectiveness* de la medida, la medida debe ser capaz de promover la realización de la legítima meta de política¹⁴⁶. Se ha señalado que este requerimiento constituye una primera parte del requerimiento de la “necesidad” en el marco de la CE¹⁴⁷.

Como se verá, también se ha considerado esta prueba en la OMC, como parte de la prueba de necesidad siendo explorado por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC¹⁴⁸. En general esta prueba impone muy poca disciplina, no se suele realizar solo sino que frecuentemente está incluida dentro de otras pruebas y algunas veces es también usada para determinar si existe discriminación¹⁴⁹.

Una cuestión a determinar es cómo deber ser la *relación causal* o, dicho de otra manera, cómo se sabe si la medida es la apropiada. En algunas ocasiones la simple posibilidad de una relación causal podría ser suficiente para satisfacer este requerimiento¹⁵⁰. En otras ocasiones la búsqueda de la relación causal puede tener implicación de mayor alcance, ya que esta búsqueda potencialmente conllevaría la obligación de dar evidencias de que la medida es realmente pertinente o relevante para el

¹⁴⁵ Vid. JANS, J. H., "Proportionality Revisited", *op. cit.*, p. 240; Vid. también DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 444; ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality and balancing in WTO law: a comparative perspective", *op. cit.*, p. 74; ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality and Balancing in WTO Law: A comparative Perspective", *op. cit.* p. 151.

¹⁴⁶ Vid. NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea — Beef, EC — Asbestos and EC — Sardines", *op. cit.*, p. 203.

¹⁴⁷ Vid. Opinión del abogado General Van Gerven, 20 de marzo de 1990, Caso C-169/89 “Gourmetteria Van den Burg”, ECR [1990] I-2143, párr. 8.

¹⁴⁸ Vid. CHAN-TIBERGIEN, J., "Cultural Diversity as Resistance to Neoliberal Globalization: The Emergence of a Global Movement and Convention", *op. cit.*

¹⁴⁹ Vid. TRACHTMAN, J. P., "Trade and... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity", *op. cit.*, p. 35.

¹⁵⁰ Vid. Abogado General Van Gerven, Gourmetteria, párr. 9, citado en DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 445.

objetivo perseguido¹⁵¹. Como señala ORTINO una característica principal es que se evalúa la existencia de la relación entre la medida y sus objetivos sin cuestionar sobre el grado de dicha relación¹⁵².

Según NEUMANN Y TÜRK, para que una medida sea efectiva, tiene que ser capaz de fomentar la realización de una meta de política legítima, por lo tanto las restricciones al comercio no tienen que garantizar la realización de un objetivo específico de política, es suficiente que la medida sea capaz de apoyar la obtención del objetivo. Esto significa que si la manera de alcanzar la meta es bastante compleja, el TJCE otorga a los Miembros cierta discrecionalidad para escoger los medios y solo descarta medidas obviamente inefectivas¹⁵³.

Por otro lado, la prueba de medios/fines también puede ser empleado para llevar a cabo una investigación sobre la legitimidad formal y sustancial del objetivo. Una investigación sobre la legitimidad formal del objetivo se centra en la cuestión de si el cumplimiento del objetivo en sí mismo está formalmente *permitido* (*es decir, es la protección de la salud un objetivo permitido?*). Por otro lado, una investigación sobre la legitimidad sustancial del objetivo aborda la cuestión de si a la luz de la medida adoptada y las circunstancias particulares en cuestión, existe una preocupación real para la política pública promovida por la autoridad gubernamental a través de la medida en cuestión (*es decir, es el producto prohibido realmente cancerígeno?*)¹⁵⁴.

Una función de esta etapa de valoración es identificar aquellas medidas que supuestamente protegen un interés general, cuando en la práctica tienen un propósito proteccionista. Se puede argumentar fácilmente que las medidas que no son apropiadas para perseguir el objetivo señalado no deben ser impuestas sin esta base¹⁵⁵.

¹⁵¹ Vid. Opinión del Abogado General Fernery de 15 de junio de 2000, Caso C-376/98 “Tobacco Advertising Directive”, párr. 175. El abogado general negó la validez de la Directiva sobre prohibición de publicidad de productos de diversificación (*diversification products*) basado en la proporcionalidad, ya que no se presentó evidencia que demostrara la “relación” entre la publicidad para bienes y servicios “no-tabaco” (*non-tobacco goods and services*) y el efecto en el consumo de tabaco.

¹⁵² “...without inquiring over the strength of such relationship”, Vid. ORTINO, F., “From ‘Non-Discrimination’ to ‘Reasonableness’: A Paradigm Shift in International Economic Law?”, *op. cit.*

¹⁵³ Vid. NEUMANN, J. Y TÜRK, E., “Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea — Beef, EC — Asbestos and EC — Sardines”, *op. cit.*, p. 203.

¹⁵⁴ Vid. ORTINO, F., “From ‘Non-Discrimination’ to ‘Reasonableness’: A Paradigm Shift in International Economic Law?”, *op. cit.*, p. 34.

¹⁵⁵ Ver por ejemplo los siguientes casos del derecho de la UE: Asuntos acumulados 62 y 63/81, Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de febrero de 1982 “Seco y Desquenue & Giral”, [1982] ECR 223, párr. 14; Caso C-240/95 “Schmitt” [1996] ECR I-3179, párrs. 10–22.

Los Tribunales deben determinar el momento en el cual se evalúa la idoneidad (“*suitability*”) de una medida. En un caso determinado se puede llegar a una conclusión diferente si se evalúa la medida desde una perspectiva *ex ante* (el momento cuando fue decretada la medida) o una perspectiva *ex post* (el momento cuando la medida es analizada por el Tribunal). En el derecho interno, al legislador a menudo se le otorga un cierto 'derecho a errar' al hacer su evaluación acerca de futuros desarrollos, funcionamiento y la efectividad de la medida adoptada. El grado de discrecionalidad concedida al tomador inicial de decisiones entonces también afectará a la intensidad de la revisión, que van desde la mera revisión de evidencia a la intensa revisión sustantiva de la decisión¹⁵⁶.

- La medida debe ser necesaria

La medida debe ser “necesaria” o constituir la alternativa menos restrictiva¹⁵⁷. Este requerimiento es llamado a menudo la prueba de la ‘alternativa menos restrictiva’, es la obligación de escoger el medio menos restrictivo de lograr un determinado interés de la sociedad como la protección de los derechos de individuos o libertades, libre comercio o libre circulación¹⁵⁸. La principal pregunta se centra en si la medida del gobierno bajo revisión es necesaria para alcanzar el objetivo buscado¹⁵⁹. La prueba consiste en determinar si existe una medida alternativa que sea menos restrictiva que la medida en cuestión adoptada y que dicha medida es igual o más efectiva para alcanzar el objetivo perseguido¹⁶⁰. Si dicha alternativa existe la medida en cuestión no es necesaria.

En el área de la protección de los derechos humanos la obligación de escoger el medio menos restrictivo usualmente se aplica a medidas gubernamentales que afectan a los derechos y libertades de los individuos. En el contexto del comercio multilateral, áreas de libre comercio o mercado internos, un Estado es frecuentemente obligado a optar por la

¹⁵⁶ Vid. ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", *op. cit.*, p. 387.

¹⁵⁷ Vid. JANS, J. H., "Proportionality Revisited", *op. cit.*, p. 240.

¹⁵⁸ Vid. DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 445.

¹⁵⁹ Vid. ORTINO, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁶⁰ Vid. JANS, J. H., "Proportionality Revisited", *op. cit.*, p. 240; SNELL, J., *Goods and services in EC law: a study of the relationship between the freedoms*, *op. cit.*, p. 198: "If there is a choice between several appropriate measures, the least onerous and equally effective measure needs to be selected"; ORTINO afirmó que la prueba combinaría dos preguntas: Si hay una medida alternativa menos restrictiva o más suave (“*milder*”) y si la alternativa es igualmente efectiva para alcanzar le objetivos, Vid. ORTINO, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, *op. cit.*, p. 471.

medida “menos restrictiva al comercio” cuando ejercita su derecho soberano de adoptar medidas de política pública que infringen la obligación de liberalización del comercio. En esta prueba se cuestionan los medios – o instrumentos – que son usados en comparación a otros medios razonablemente disponibles¹⁶¹.

Esta prueba constituye el segundo nivel de la prueba de proporcionalidad¹⁶², y en el marco del comercio internacional busca determinar si existe una medida alternativa, que sea efectiva para alcanzar el objetivo propuesto de política pública y que sea menos restrictiva al comercio que la medida en cuestión. El objetivo subyacente es lograr que la medida adoptada por el Estado haga el mínimo daño a los ciudadanos o la comunidad. En el contexto del comercio internacional, el requisito de necesidad obliga al Estado a imponer la medida menos restrictiva al comercio para alcanzar objetivos de política nacional no relacionados con el comercio¹⁶³.

Por ejemplo, en el contexto de la UE se ha desarrollado esta prueba, entre otros, en el *Caso de Peijper*, donde el Tribunal de Justicia (TJUE) descartó la necesidad de la legislación nacional que las autoridades neerlandesas intentaron justificar por motivos de salud pública. El Tribunal sostuvo que la medida no era necesaria, puesto que las autoridades nacionales podrían haber perseguido el mismo objetivo tan eficazmente mediante la adopción de otros medios que fueran menos restrictivos para el comercio intracomunitario¹⁶⁴. En el *Caso Familiapress*, el Tribunal dictaminó que la corte nacional debía evaluar si la prohibición nacional era proporcionada al objetivo de mantener la diversidad de prensa y si ese objetivo no puede alcanzarse mediante medidas menos restrictivas al comercio intracomunitario y a la libertad de expresión¹⁶⁵. La prueba de

¹⁶¹ Vid. DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 445.

¹⁶² Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., "Looking for Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 285.

¹⁶³ Vid. ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality and balancing in WTO law: a comparative perspective", *op. cit.*, p. 75.

¹⁶⁴ Vid. TJUE, Sentencia de 20 de mayo de 1976, *Adriaan de Peijper*, director de la sociedad Centrafarm BV, Asunto 302/86, [1976] ECR, 616, párr. 16–28. Decisión prejudicial sobre la interpretación, en particular, del artículo 36 del Tratado CEE. Se encontró la violación del art. 30 CEE: una normativa holandesa requería que los importadores paralelos de productos farmacéuticos obtuvieran documentación de los fabricantes o de los distribuidores, lo que causaba efectos colaterales en la importación paralela. Esto se justificaba con la protección de la salud pública, pero la TJCE negó permitir que Holanda se base en la exención del art. 36, porque existía una medida menos restrictiva que estaba disponible.

¹⁶⁵ Vid. TJCE, Sentencia de 26 de junio de 1997. “Vereiniged Familiapress Zeitungsverlags- und -vertriebs GmbH contra Heinrich Bauer Verlag”. Petición de decisión prejudicial: Handelsgericht Wien - Austria. Asunto C-368/95. [1997] I-03689, párr. 27. Ver también TJC, Sentencia de 24 de marzo de 1994. “Her Majesty's Customs and Excise contra Gerhart. Schindler y Jörg Schindler”. Asunto C-275/92, [1997] I-01039. Petición de decisión prejudicial: High Court of Justice, Queen's Bench Division - Reino Unido. En

necesidad en la UE constituye el núcleo del principio de proporcionalidad en sentido amplio de la UE, por tanto es considerada una prueba bastante restrictiva¹⁶⁶.

De esta forma, este proceso no solamente conlleva una evaluación de la racionalidad de la medida, sino posiblemente una valoración cualitativa centrada en la naturaleza del instrumento escogido. A diferencia de las contramedidas, el principio de proporcionalidad aquí no tiene el propósito de equiparar una medida con una acción supuestamente ilegal¹⁶⁷. ORTINO resalta que la prueba de necesidad es también llamada prueba de “*cost effectiveness*” y recuerda que un elemento importante es este test es “cómo los costos son definidos”. El costo relevante principal se determina generalmente tomando en cuenta el nivel de restricción (al comercio o las inversiones) de la medida en cuestión. Mientras el efecto adverso en el comercio o en el flujo de inversiones puede ser el principal costo relevante en cuestión bajo la prueba de necesidad, está claro que otros costos incurridos tanto por las entidades públicas y privadas pueden entrar en la ecuación. Por ejemplo puede tratarse de costos administrativos para la implementación de la medida alternativa, costos adicionales que deben asumir las empresas privadas, o incluso costos indirectos resultantes en otras políticas públicas. Entonces el alcance de los costos incluidos en el análisis de la necesidad de la medida va a influir en el resultado del análisis en sí mismo¹⁶⁸.

Según DESMEDT, además en esta parte de la prueba de necesidad, la coexistencia de intereses en conflicto es aceptada y no es necesaria una jerarquía entre estos intereses, como en el caso de la prueba del “*balancing test*” discutida más abajo.¹⁶⁹ Sin embargo, como afirma ORTINO, si bien es cierto que esta prueba, al realizar la investigación para determinar de si existe o no una media menos costosa o gravosa para el comercio, parte dando por hecho y respetando el nivel de protección escogido por la autoridad pública (por ejemplo en la protección de la salud, medio ambiente, etc.), puede ser difícil de determinar

este caso el tribunal otorgó un amplio margen de discrecionalidad para restringir o prohibir ciertos tipos de loterías basado en metas de política pública.

¹⁶⁶ Vid. NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea — Beef, EC — Asbestos and EC — Sardines", *op. cit.*, p. 203.

¹⁶⁷ Vid. DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 445.

¹⁶⁸ Vid. ORTINO, F., "From 'Non-Discrimination' to 'Reasonableness': A Paradigm Shift in International Economic Law?", *op. cit.*, p. 35.

¹⁶⁹ Vid. DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 445.

cómo dicho nivel de protección no se pondría en cierta forma en cuestión bajo una prueba de necesidad¹⁷⁰.

- La medida debe ser proporcionada en *sensu stricto*

Esta prueba determina la proporcionalidad en sentido estricto, que es el más acotado. Valora o analiza si los efectos o costos de la medida son desproporcionados o excesivos en relación a los intereses involucrados o los beneficios logrados. Es decir busca determinar si la medida no tiene un efecto restrictivo excesivo¹⁷¹. Si los costos de tal medida exceden sus beneficios, en palabras de TRACHTMAN, se examina “*if the means are proportionate to the ends*”¹⁷². Este nivel de análisis conlleva una comparación del objetivo deseado y de la restricción creada por la medida en cuestión, es decir considerado que las desventajas causadas no deben ser desproporcionales a los fines perseguidos.

Generalmente no llega a alcanzarse este nivel en el análisis de la medida. Además esta prueba solamente entra en juego una vez que se ha encontrado que la medida es apropiada y necesaria para alcanzar un objetivo específico. En este paso final de la prueba de proporcionalidad, este es el nivel de protección específico del interés escogido por el Miembro que adopta la medida en cuestión.

Varios autores han comentado que esta prueba es un verdadero ejercicio de equilibrio de diferentes valores o políticas, es la etapa donde se sopesan y comparan objetivos contrapuestos (“*weighing and balancing of competing objectives*”)¹⁷³. Esta prueba podría verse como un real análisis de costo-beneficio¹⁷⁴ al que hace referencia TRACHTMAN, aunque con un margen de apreciación, ya que en realidad no requiere que los costos sean menores que los beneficios.

¹⁷⁰ Vid. ORTINO, F., "From 'Non-Discrimination' to 'Reasonableness': A Paradigm Shift in International Economic Law?", *op. cit.*, p. 35.

¹⁷¹ Vid. TRIDIMAS, T., *The general principles of EU law*, Oxford [etc.], Oxford University Press, 2006, p. 136.

¹⁷² Vid. TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", *op. cit.*, p. 69.

¹⁷³ Vid. ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality and balancing in WTO law: a comparative perspective", *op. cit.*, p. 76; Vid. también ORTINO, F., "From 'Non-Discrimination' to 'Reasonableness': A Paradigm Shift in International Economic Law?", *op. cit.*, p. 35; DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 446.

¹⁷⁴ El análisis de costo beneficio en el marco del comercio internacional juxtapone los beneficios regulatorios y el costo de las regulaciones del comercio, así como otros costos involucrados, y podría echar abajo regulaciones cuando el costo excede los beneficios. Puede darse mediante una comparación estática o más dinámica. Vid. TRACHTMAN, J. P., "Trade and... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity", *op. cit.*, p. 36. Este tipo de análisis ha demostrado de ser muy difícil de implementar hasta la fecha.

ANDENAS señala que cuanto más intensa que sea la restricción de un interés en particular, la justificación del objetivo contrario (“*countervailing*”) necesita ser más importante¹⁷⁵. Según DESMEDT, este entendimiento del principio permite a los jueces ejercitar un importante poder discrecional ya que podría involucrar un balance de dos o más valores (“*balancing tests*”). Además, la prueba del “equilibrio” o “*balancing test*” que se da en esta etapa establece una jerarquía entre los intereses en conflicto, sin embargo este proceso puede estar limitado a equilibrar/cotejar los intereses que son efectivamente protegidos por la medida en cuestión, y no necesita realizar un balance de los intereses de forma abstracta¹⁷⁶.

Sin embargo, parece que ORTINO en el contexto del DIE sí considera que lo que se valoraría en esta prueba es si el nivel de protección pública es desproporcionado en comparación con el objetivo de promoción del comercio y la inversión, y si el costo impuesto al comercio es excesivo comparado con el beneficio del otro valor (por ejemplo la protección medioambiental). Es por ende la prueba más intrusiva respecto de las prerrogativas regulatorias nacionales¹⁷⁷. La aplicación del principio de proporcionalidad en este sentido ha sido usado por la CEJ TJUE cuando se ha ocupado de cuestiones relacionadas con la libertad de circulación de bienes y servicios. En estos casos los objetivos de mercado fueron medidos en relación a los objetivos de políticas públicas¹⁷⁸.

El TJUE analizó si la restricción en el libre comercio es desproporcionada a los beneficios que se derivan de la protección del valor legítimo que los objetivos de la medida persiguen¹⁷⁹. Un ejemplo clásico es el caso *Danish bottles*¹⁸⁰, el TJUE encontró que los

¹⁷⁵ Vid. ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", *op. cit.*, p. 390.

¹⁷⁶ Vid. DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.* Explica esta valoración señalando que el interés de reciclar botellas mediante un particular programa de distribución se sopesa en relación al impedimento que tal programa causa para el comercio de los productos embotellados, sin que sea necesario entrar en un balance ideológico entre la política medioambiental y los objetivos del libre comercio.

¹⁷⁷ Vid. ORTINO, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, *op. cit.*, p. 406.

¹⁷⁸ Vid. ORTINO, F., "Comment: United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services", *World Trade Review*, vol. 7, no. 01, 2008, pp. 115-119, p. 118. Señala ORTINO que en base a esta prueba de la proporcionalidad en *stricto sensu*: "On the basis of this test, for example, it would be possible to strike down a national measure even if it is found to be 'necessary' to pursue a legitimate aim like environmental protection, on the basis that, on balance, the measure's negative effects on trade are disproportionate to its benefits on the environment"

¹⁷⁹ Ver entre otros JANS, J. H., "Proportionality Revisited", *op. cit.*, p. 238; CRAIG, P. Y DE BÚRCA, G. I., *EU law : text, cases, and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 350 ss.; MÜLLER-GRAFF, P.-C., "Art. 30 - 36 EGV - Freier Warenverkehr", en VON DER GROEBEN, H., THIESING, J., et al. (eds.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag. Band I*, Baden-Baden, Nomos, 1997, pp. 602-846, Art. 36, p. 346, nota

detrimentos al comercio derivados de un componente de la regulación Danesa (el sistema de devolución de envases de bebidas no autorizados para la protección del Medio Ambiente que afecta a las importaciones) están muy desproporcionados en relación a los beneficios regulatorios (solo regula a una cantidad limitado de bebidas en relación con la cantidad global de bebidas consumidas en el país). También en el caso *B & Q plc*, sobre la normativa nacional que prohíbe de ejercer actividades comerciales de minoristas los domingos en las ciudades Stoke-on-Trent y Norwich en UK, el tribunal señaló que el control de la proporcionalidad de una normativa nacional que persigue un objetivo legítimo respecto al derecho comunitario sopesa el interés nacional por la consecución de dicho objetivo y respecto del interés comunitario de la libre circulación de mercancías¹⁸¹. En este sentido, los efectos restrictivos de una normativa nacional que prohíbe a los comercios de minoristas abrir en domingo, no parecían excesivos respecto al objetivo perseguido¹⁸².

A pesar de estos dos ejemplos, la prueba más usada en el derecho de la UE es la prueba de necesidad, en tanto que la prueba de proporcionalidad en *sensu stricto* suele estar oculta tras una prueba de necesidad que no se ocupa de forma explícita de este nivel de análisis. Hasta la fecha el TJUE ha sido bastante cuidadoso al considerar que una medida es desproporcionada en *sensu stricto* porque este fallo implicaría que el Miembro reduce el nivel de protección de sus intereses legítimos e interferiría significativamente con las elecciones de regulaciones nacionales de los Miembros.

B. La proporcionalidad: análisis de la prueba de necesidad en los acuerdos de la OMC

La proporcionalidad como una herramienta de integración negativa del comercio internacional, en términos generales, es un estándar jurídico respecto del cual las medidas legislativas o regulatorias domésticas son revisadas. En el caso del marco de la OMC se

346. Citados por NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea — Beef, EC — Asbestos and EC — Sardines", *op. cit.*, p. 204, nota 39.

¹⁸⁰ *Vid.* TJCE, Sentencia de 20 de septiembre de 1988. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Dinamarca. Asunto 302/86, [1988] ECR 4607, párr. 10, 21. (Sobre la validez de la normativa Danesa de envases de cerveza y bebidas refrescantes).

¹⁸¹ *Vid.* TJCE, Sentencia de 16 de diciembre de 1992. Council of the City of Stoke-on Trent y Norwich City Council contra B & Q plc, Asunto C-169/91. Cuestiones Prejudiciales sobre la interpretación del artículo 30 del Tratado. Sobre la prohibición de ejercer actividades comerciales los domingos, párr. 15.

¹⁸² *Vid.* TJCE, Sentencia de 16 de diciembre de 1992. *Council of the City of Stoke-on-Trent y Norwich City Council contra B & Q plc*, Asunto C-169/91, párr. 6.

utiliza este *trade-off device*, para ayudar a resolver el conflicto que se puede presentar entre la normativa nacional y su compatibilidad con ciertas disposiciones de los Acuerdos de la OMC. Sin embargo, como se ve, este *benchmark* no está claramente definido en las disposiciones, ni su alcance está determinado, por lo que el rol de la jurisprudencia es especialmente relevante.

Desde otra perspectiva, la proporcionalidad puede ser vista también como un mecanismo de elección multinivel aplicado en los procedimientos en la OMC. En este sentido es considerada una de las herramientas dinámicas utilizadas para la asignación de jurisdicción¹⁸³. Esto es especialmente cierto ya que el marco de OMC comprende normativa relacionada con cuestiones que van más allá de aspectos arancelarios, incluyendo las llamadas cuestiones *behind the border*. Lo que requiere que se deba determinar la autoridad regulatoria asignada, en áreas que tradicionalmente estaban fuera del alcance del GATT o del DIE en general¹⁸⁴. Por ende, el objetivo al delegar esta discrecionalidad a los jueces parece ser que los Miembros usen su autoridad regulatoria, en tanto que no impongan un coste excesivo al CI para buscar el equilibrio. En este sentido, la mayoría de la doctrina considera que el principio de proporcionalidad tiene un rol importante en delimitar la autoridad conferida a los jueces, requiriendo que realicen una argumentación jurídica racional en el proceso de toma de decisiones, lo que incluye que los intereses en cuestión entre otros elementos son considerados de manera transparente¹⁸⁵.

En el análisis de la proporcionalidad en el marco de la OMC, esta investigación se centra en ella como una herramienta de integración negativa del comercio, o como un instrumento de liberalización que impone ciertos requerimientos generales en la adopción de la regulación doméstica de los Miembros de la OMC. En este sentido, desde una perspectiva más amplia, es también una referencia de criterios normativos utilizados para controlar las facultades discrecionales de los Estados, cuyo resultado pudiera tener un efecto negativo en el CI, por ser inadecuadas, no razonables o desproporcionadas¹⁸⁶.

¹⁸³ *Vid.* TRACHTMAN, J. P., "Regulatory Jurisdiction and the WTO", *op. cit.*, p. 646.

¹⁸⁴ *Ibid.*, pp. 647, 651. En este sentido según TRACHTMAN las normas de integración negativa como la prueba de necesidad, la prueba de la alternativa menos restrictiva y la prueba del balance, pueden también ser entendidas simplemente como un mandato para los jueces de ejercitar discrecionalidad en la asignación de la autoridad jurisdiccional.

¹⁸⁵ *Vid.* VAN DEN BOSSCHE, P., "Looking for Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 284. Citando a ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", *op. cit.*, p. 386-387.

¹⁸⁶ Para un criterio similar de proporcionalidad en el marco de la OMC, pero utilizando la denominación de razonabilidad, *vid.* ORTINO, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, *op. cit.*, p. 33. Quien señala que la razonabilidad puede también

La proporcionalidad como se ha definido en esta investigación, en su concepción más elaborada, comprende tres diferentes tipos de obligaciones, elementos o pruebas: la prueba de *suitability*, necesidad y proporcionalidad en *sensu stricto*¹⁸⁷. Este contenido del principio es, en términos generales, semejante al criterio desarrollo en relación a la proporcionalidad en el marco de la OMC, donde se han introducido en los Acuerdos varios elementos y criterios, los que en su mayoría requieren de mayor interpretación jurisprudencial y doctrinal. Como se verá, las diferentes pruebas relacionadas con la proporcionalidad no tienen suficiente precisión tampoco en el contexto de la OMC, en tanto para algunos autores lo más relevante es que la facultad discrecional otorgada a los grupos especiales y al OA sería excesiva¹⁸⁸.

En efecto, existen diversas opiniones sobre si existe o no un principio general único, no escrito, de proporcionalidad en el régimen de la OMC. Los que niegan que exista base suficiente para esta posibilidad consideran por ejemplo inapropiado que los órganos resolutorios de la OMC puedan escoger entre intereses y valores comerciales y no comerciales, ya que se estaría incidiendo en la necesaria soberanía de los Miembros al decidir opciones de política¹⁸⁹. Se ha comentado también que institucionalmente la OMC

ser visto como un principio de “validez administrativa” para proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros contra abusos del Estado de sus poderes – administrativos, legislativos y judiciales.

¹⁸⁷ Algunos autores han considerado como el principio de proporcionalidad el marco de la OMC incluiría un límite cuantitativo en la adopción de contramedidas o para el pago de compensación tal como lo es en el contexto del DIP consuetudinario en el contexto de la responsabilidad del Estado. Si bien esta consideración no es objeto de esta investigación cabe señalar que el régimen específico que se desprende del Entendimiento de solución de diferencia, va más allá del principio de proporcionalidad en el contexto del DIP. Se señala que la medida debe ser “equivalente al nivel de anulación y menoscabo”. *Vid.* art. 22.4 del ESD. La interpretación de esta disciplina ha llevado a señalar que las normas del ESD sobre contramedidas tienen el efecto más bien de “compensar” a la parte afectada que el de “inducir el cumplimiento”, se busca que la contramedida adoptada sea más bien “equivalente” que “proporcionada” al daño al comercio que resultó del incumplimiento de la norma. *Vid.* DESMEDI, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 447-450; MITCHELL, A. D., "Proportionality and Remedies", *The European Journal of International Law*, vol. 17, no. 5, 2007, pp. 985-1008; MAVROIDIS, P. C., "Remedies in the WTO legal system: between a rock and a hard place", *European Journal of International Law*, vol. 11, no. 4, 2000, pp. 763-813, p. 773; BABU, R. R., *Remedies under the WTO legal system*, Leiden [Pays-Bas], Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 286-296 ss.; PAUWELYN, J., "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules - Toward a More Collective Approach", *American Journal of International Law*, vol. 94, no. 2, 2000, pp. 335-347, en p. 334. Por ende si bien el principio de proporcionalidad no es relevante al juzgar la compatibilidad de la contramedida, las normas del ESD deben ser interpretadas en conformidad con el principio de proporcionalidad, *Vid.* Decisión de los árbitros, *Comunidades Europeas — Régimen para la importación, venta y distribución de bananos- y recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, (CE — Banano, III)*, Doc. WT/DS27/ARB, 9 de abril de 1999, párr. 6.12-6.16.

¹⁸⁸ *Vid.* TRACHTMAN, J. P., "Regulatory Jurisdiction and the WTO", *op. cit.*, p. 648.

¹⁸⁹ *Vid.* DESMEDI, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, pp. 441, 478. Considera que el principio de proporcionalidad puede comprender diferentes tipos de obligaciones, que pueden algunas veces darse simultáneamente y que estas obligaciones pueden en cierta medida ser relevantes en el marco de la OMC. Que los requerimientos de proporcionalidad dependan del lenguaje de las obligaciones en cuestión y

no está preparada ni tiene la madurez suficiente para realizar el examen de equilibrio entre valores e intereses que comporta el principio de proporcionalidad¹⁹⁰. Por otro lado algunos consideran que la proporcionalidad es uno de los principios básicos del sistema del comercio multilateral¹⁹¹. Aquellos que tienen una posición intermedia, señalan por ejemplo que las pruebas relacionadas con la proporcionalidad, tal como están formuladas en los Acuerdos de la OMC, constituyen una forma más sofisticada de buscar el equilibrio de derechos e intereses, ya que toman en cuenta las circunstancias individuales¹⁹². En una reciente aportación de MARCEAU Y TRACHTMAN, señalan en la OMC interactúan dos componentes de la proporcionalidad, la proporcionalidad en *sensu stricto* y la prueba de la medida menos restrictiva del comercio¹⁹³.

En el marco de esta investigación no se considera que exista en la OMC un principio de proporcionalidad en sentido estricto que incluya los tres elementos de la prueba de proporcionalidad, tal y como es entendido en el marco de la UE. Especialmente, no está definida o desarrollada suficientemente una prueba de equilibrio entre valores e intereses comerciales y no comerciales en el marco de la OMC. Sin embargo, sí se puede afirmar que existen pruebas de valoración de las regulaciones nacionales que son aplicadas con referencia a la normativa de la OMC, y que algunas de ellas son muy similares a varios de los elementos del principio de proporcionalidad en su concepción más elaborada. En este sentido, TRACHTMAN identificó por ejemplo diferentes fórmulas o herramientas (*trade-off devices*) usadas por los órganos resolutorios de la OMC, de la UE y la Corte Suprema de Justicia de los EEUU para resolver los conflictos que se presentan entre los valores comerciales y otros valores no comerciales, los que se manifiestan normalmente mediante las regulaciones nacionales.

que las repercusiones de dichos requisitos serán diferentes dependiendo del lenguaje usado, en todo caso no es apropiado que los órganos de solución de controversias de la OMC afiancen o hagan valer dicho principio. Vid. también NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea — Beef, EC — Asbestos and EC — Sardines", *op. cit.*

¹⁹⁰ Vid. NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea — Beef, EC — Asbestos and EC — Sardines", *op. cit.* pp. 231-233.

¹⁹¹ Vid. HILF, M. Y GOETTSCHKE, G. J., "The relation of economic and non-economic principles in international law", *op. cit.*, pp. 18-28; HILF, M., "Power, rules and principles - which orientation for WTO/GATT law?", *op. cit.*, en p. 120.

¹⁹² Vid. ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", *op. cit.*

¹⁹³ Vid. MARCEAU, G. Y TRACHTMAN, J. P., "A map of the World Trade Organization law of domestic regulation of goods: The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade", *Weltwirtschaftliches Archiv*, vol. 48, no. 2, 2014, pp. 351-432, en p. 369.

Estas pruebas suelen aparecer habitualmente de forma y grados diversos en los distintos marcos normativos y muchas veces de manera combinada¹⁹⁴. De esta forma, la proporcionalidad se manifiesta en el ámbito de la OMC mediante técnicas o pruebas específicas de balance de intereses, las más usuales son conocidas como la prueba de necesidad y la prueba de proporcionalidad del contenido sustantivo de la medida. También se hace referencia a la llamada prueba de razonabilidad, la cual es menos específica y puede también entenderse que incluye en términos generales a estas dos pruebas. Otras veces se hace referencia a una prueba de objetividad del aspecto sustantivo de la medida. Se puede afirmar que, en todo caso, la prueba de racionalidad simple de medios-fines (*simple means-ends rationality test*) y la prueba de la necesidad o de la alternativa menos restrictiva al comercio (*necessity test* o *least trade restrictive measure*), se presentan y han sido interpretadas como tales en el marco de la OMC, en tanto que la prueba de proporcionalidad *sensu stricto* no es requerida como tal¹⁹⁵.

Tomando en cuenta estas consideraciones, se considera que existe un principio de proporcionalidad en formación en el marco de la OMC, el cual es específico a este contexto normativo y el cual va adquiriendo cada vez más un contenido propio, adaptando en gran medida los conceptos de otros marcos jurídicos, con especial referencia al de la UE. Este principio de proporcionalidad en formación se va adaptando también a las circunstancias de los hechos planteados en las controversias comerciales y a la estructura de los Acuerdos y contenido de las distintas disposiciones de la OMC.

¹⁹⁴ Son las normas sobre trato nacional, la prueba de racionalidad simple de medios-fines (*simple means-ends rationality test*), la prueba de necesidad o de la alternativa menos restrictiva al comercio (*necessity test* o *least trade restrictive measure*), la prueba de proporcionalidad *sensu stricto* (*proportionality in sensu stricto*), la prueba de balance, y el análisis de costo-beneficio. Pero no todas ellas se presentan en las normas de la OMC. Esta identificación es consecuencia de los principios y normas existentes y estas *trade-off devices* aparecen normalmente en combinación o de manera separada, pudiendo generarse muchas más variaciones. *Vid.* TRACHTMAN, J. P., "Trade and... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity", *op. cit.*, p. 35; TRACHTMAN, J. P., "The Domain of WTO Dispute Resolution", *Harvard International Law Journal*, vol. 40, no. 2, 1999, pp. 333-378, p. 333; TRACHTMAN, J. P., "International Trade as a Vector in Domestic Regulatory Reform: Discrimination, Cost-Benefit Analysis and Negotiation (Chapter 6)", en OECD (ed.), *Trade and Regulatory Reform, Insights from country experience, Industry, Services and Trade*, OECD, 2001, pp. 55-68.

¹⁹⁵ El motivo para la adopción y el uso de estas fórmulas por el OSD y su interacción con los acuerdos internacionales u otras legislaciones respecto de las pruebas de liberalización del CI, han sido analizados por TRACHTMAN. Sugiere que debería adoptarse un cambio, mediante el uso de un real análisis de *costo-beneficio* que comprenda todos los costos y beneficios, incluyendo el costo "post material" y los costos /beneficios nacionales, éste debe operar dinámicamente a fin de establecer un único resultado que maximice los beneficios. *Vid.* TRACHTMAN, J. P., "Trade and... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity", *op. cit.*, p. 35 ss.

Se ha comentado que el principio de proporcionalidad es uno de los más fundamentales del sistema multilateral del comercio, sin embargo no existe una referencia explícita al mismo en el derecho la OMC, si bien la idea central de la proporcionalidad, y varias pruebas que incluye el principio (en particular bajo la denominación de “prueba de necesidad”), están presentes en gran medida y en varias ocasiones en los Acuerdos de la OMC. Además, la interpretación de los órganos jurisdiccionales de la OMC se ha ocupado de la proporcionalidad en reiteradas oportunidades, lo que ha ocurrido con mayor frecuencia en los últimos 15 años¹⁹⁶.

Las pruebas de proporcionalidad se presentan en concreto en las disposiciones del art. XX del GATT del 1994 y el art. XIV del AGCS sobre las excepciones generales. También se manifiestan en cierta medida en los arts. XI del GATT; el párrafo 4 del art. VI, párr. 5 del art. VI y el párr. 2 d) del art. XII del AGCS. En el Acuerdo de OTC en los párrs. 2 y 5 del art. 2 y en el Acuerdo sobre la aplicación de MSF en el párr. 2 del art. 2 y el párr. 6 del art. 5. Algunas de las pruebas del principio de proporcionalidad están también en el Anexo sobre Telecomunicaciones del AGCS, en el párr. 5 e), y en las disciplinas sobre reglamentación nacional en el sector de contabilidad. En el Acuerdo sobre los ADPIC párr. 2 del art. 3, párr. 1 del art. 8 y el párr. 2 del art. 27 y en el Acuerdo sobre Contratación Pública en el párr. 2 del art. 23¹⁹⁷.

La prueba de necesidad, que constituiría en esencia el elemento constitutivo del principio de proporcionalidad y que es la que más fielmente se refleja en el marco de la OMC, exige que las medidas que restrinjan el comercio de algún modo (ya sea que incumplan las obligaciones del acuerdo o no), sean permitidas *solamente* si son "necesarias" para lograr el objetivo de política del Miembro. De esta forma, la medida será

¹⁹⁶ Desde el 2003 al 2013: *México – Telecomunicaciones; Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano; Estados Unidos – Juegos de azar; Colombia – Puertos de entrada; República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos; Brasil – Neumáticos recauchutados; Estados Unidos – Camarones (Tailandia) / Estados Unidos – Directiva sobre fianzas aduaneras; Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión; Canadá – Mantenimiento de la suspensión; China – Partes de automóviles; China – Publicaciones y productos audiovisuales; Estados Unidos – Aves de corral; Australia – Manzanas; Estados Unidos – Atun II (Mexico), Estados Unidos – EPO; China – Materias primas; CE – productos derivados de las focas.*

¹⁹⁷ Cabe destacar que el término proporcionalidad se ha usado de forma literal solamente una vez en los Acuerdos de la OMC en el art. 46 del Acuerdo sobre ADPIC. En este caso, este término no es usado en el significado adoptado en esta investigación. Asimismo, el requerimiento del art. 22 del ESD que establece que la contramedida respecto al incumplimiento del derecho de la OMC debe ser equivalente a la anulación o menoscabo de los beneficios derivados de dicho incumplimiento no cabría tampoco dentro del significado de proporcionalidad aquí adoptado. *Vid.* VAN DEN BOSSCHE, P., "Looking for Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 286, nota 12.

compatible con las normas de la OMC. En general, las pruebas de necesidad en la OMC son una forma de reflejar “el equilibrio existente en los Acuerdos de la OMC entre dos importantes objetivos: salvaguardar la libertad de los Miembros de establecer y lograr sus objetivos de regulación, *mediante medidas de su elección*, y disuadir a los Miembros de adoptar o mantener medidas que restrinjan indebidamente el comercio”¹⁹⁸. En términos amplios la prueba de necesidad en el marco de la OMC contiene tres elementos principales: la *medida* sujeta a la prueba, el *objetivo* que la medida pretende lograr; y la relación de *necesidad* entre la medida y el objetivo. El principio de proporcionalidad se expresa principalmente de dos formas, mediante pruebas que forman parte de disposiciones de excepción o mediante disposiciones por las que se establece una obligación. Como excepción se presenta por ejemplo en el art. XX del GATT y en el art. XIV del AGCS y donde está presente en varios párrafos de estos artículos, así como en el *chapeau* de ambas disposiciones.

De la aplicación del principio de proporcionalidad en la OMC, y en particular en relación al contenido de la prueba de necesidad, se deriva parte del marcado debate sobre el balance de intereses entre la “soberanía regulatoria” y el “libre comercio”, en la búsqueda de un CI más integrado y menos restrictivo. Esta circunstancia es también considerada en la doctrina española, por ejemplo LIÑAN NOGUERAS¹⁹⁹ afirma que el principio de la *regulación menos restrictiva al comercio* es la obligación del Estado consistente en utilizar sus competencias soberanas en materia económica afectando lo menos posible al comercio internacional. Agrega que el principio no se recoge (de manera expresa) en el GATT pero sí aparece por ejemplo en el art. VI del AGCS y en el Acuerdo OTC.

En el marco del análisis del art. VI del AGCS, a fin de analizar los principios relacionados con las obligaciones sustantivas de gobernanza regulatoria y las herramientas normativas utilizadas en este contexto, se revisa el alcance del principio de

¹⁹⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Las Pruebas de Necesidad en la OMC*, Doc. Doc. S/WPDR/W/27, 2 de diciembre 2003, párr. 4. Vid. también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Las Pruebas de Necesidad en la OMC*, Doc. S/WPDR/W/27/Add.1, 18 de enero 2011.

¹⁹⁹ Vid. LIÑAN NOGUERAS, D. J., "Derecho Internacional Económico", en DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M. (ed.), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2007p. 751. También ha tratado el tema de la prueba de necesidad SEGURA SERRANO, A., "El comercio internacional de servicios", en HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. Y ROLDÁN BARBERO, J. C. (eds.), *Derecho internacional económico*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 143-162; SEGURA SERRANO, A., "El interés general en el comercio internacional e intracomunitario de servicios" (Tesis doctoral, Granada, 2001).

proporcionalidad en el marco de la OMC, con las especificaciones y delimitaciones señaladas. Considerando, en relación a la jurisprudencia de la OMC, la posibilidad de que se apliquen en cierta medida la prueba de simple racionalidad de medios-fines, la prueba de necesidad o de la alternativa menos restrictiva al comercio y más cuestionablemente la prueba de proporcionalidad en sentido estricto.

Para ello, seguidamente se analizará la interpretación de algunas de las disposiciones en las que se desprende y aplica el principio de proporcionalidad, aplicando la distinción entre disposiciones de excepción y positivas; y tomando en consideración la estructura de la prueba que se ha usado en cada caso. Si bien la interpretación de las disposiciones de los diferentes Acuerdos es independiente y no debe realizarse una transposición de las mismas, también existe un llamamiento a la interpretación armoniosa de los mismos, por lo que se estudiará el alcance de esta interrelación de la interpretación de la prueba de necesidad para usar este análisis al definir con mayor precisión la prueba que se desprende del art. VI:4.

1. El principio de proporcionalidad en las disposiciones de excepción a una obligación

a. La prueba de “necesidad” en el art. XX del GATT

La prueba de “necesidad” es usada en el art. XX del GATT para determinar si la medida impugnada por presuntamente violar una de las obligaciones del GATT está provisionalmente justificada, por tratarse de medidas “necesarias” para la consecución de ciertos objetivos prioritarios para los Miembros, tales como proteger la moral pública, la salud o la conservación de recursos naturales, medida por lo tanto debe ajustarse al contenido de los subpárrafos a) b) y d), del art. XX.

Para tal justificación, la parte demandada primero tiene que demostrar primero que la medida atiende a los intereses particulares especificados en el párrafo relevante, en otras palabras que hace una contribución mínima al objetivo señalado, es la llamada prueba de *suitability* o de idoneidad. Segundo la parte demandada debe demostrar que existe un vínculo suficiente entre la medida y el interés protegido, es decir que debe ser “necesaria” para ese objetivo, es la llamada prueba de necesidad²⁰⁰.

Una vez demostrado que la medida está provisionalmente justificada, la parte demandada debe adicionalmente demostrar que la medida impugnada no es un abuso de una excepción conforme al *chapeau* del art. XX, es decir que las medidas no se aplican en forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable o una restricción encubierta al CI²⁰¹.

En el art. XX del GATT, las disposiciones que han sido mayor objeto de interpretación por GE y el OA considerando la prueba de necesidad especialmente hacen

²⁰⁰ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, Doc. WT/DS2/AB/R, *cit.*, párr. 17-18; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que Afectan al Suministro Transfronterizo de Servicios de Juegos de Azar y Apuestas*, (Estados Unidos – Juegos de azar), Doc. WT/DS285/AB/R, 7 de abril de 2005, párr. 292.

²⁰¹ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, Doc. WT/DS2/AB/R, *cit.*, párr. 22 ss. Este proceso de aplicación del art. XX ha sido considerado como una prueba de dos niveles en que se debe determinar primero si la medida impugnada se ajusta al contenido de uno de los subpárrafos del art. XX y luego en caso que se cumpla esta prueba, se determina si la medida satisface los requisitos del *chapeau*. *Ibid.*, párr. 22; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, Doc. WT/DS58/AB/R, *cit.*, párr. 119-120, 147; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 292.

referencia a los párr. b) y d)²⁰². Si bien es cierto que la reciente jurisprudencia de la OMC ha examinado la prueba de la necesidad en el contexto de párr. a) del art. XX, acudiendo en esencia al análisis realizado en relación a los otros dos párrafos²⁰³.

Lo que caracteriza al conjunto de la interpretación de los casos sobre el principio de proporcionalidad y en particular sobre la prueba de necesidad es la afirmación por parte de los tribunales que los Miembros mantienen en todo caso su soberanía y legitimidad en la búsqueda de los objetivos de política, el nivel de protección que consideren apropiado los Miembros está totalmente fuera del ámbito normativo, decisión o interpretación de la OMC²⁰⁴. Por otro lado, esta característica es justamente uno de los aspectos más cuestionados y discutidos respecto a la aplicación de la prueba de necesidad, ya que alguna parte de la doctrina considera que, en la práctica, en particular el proceso de cotejar y sopesar los diferentes factores relacionados con la aplicación de la medida impugnada, y la

²⁰² El Art. XX del GATT dispone: “A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo [el GATT] será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: [...] b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; [...] d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error”. *Vid.* VAN DEN BOSSCHE, P., “Looking for Proportionality in WTO Law”, *op. cit.*, p. 286.

²⁰³ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, (Estados Unidos — Gasolina), Doc. WT/DS2/R; *ibid.*, párrs. 7.750-7.780, 7.911, 7.793; Informe del Órgano de Apelación, *China — Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, (China — Publicaciones y productos audiovisuales), Doc. WT/DS363/AB/R, 21 de diciembre de 2009, párrs. 237-242; Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas — Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas* (CE — Productos derivados de las focas), Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, 25 de noviembre de 2013, párrs. 7.630-7.639.

²⁰⁴ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, (Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna), Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, 10 de enero de 2001, párr. 176. El OA ya señaló en el asunto *CE — Amianto* lo siguiente “Con respecto al tercer argumento del Canadá, relativo al nivel de protección, observamos que no se discute que los Miembros de la OMC tienen derecho a determinar el nivel de protección sanitaria que consideren apropiado para una situación dada” Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, (CE — Amianto), Doc. WT/DS135/R/AB, 11 de marzo de 2001, párr. 168. Otra jurisprudencia que toma esta posición respecto de los Miembros de la OMC es Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Medidas que Afectan a la Importación de Salmón*, (Australia — Salmón), Doc. WT/DS18/AB/R, 20 de octubre de 1998, párr. 125; Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, (Estados Unidos — Artículo 337), Doc. L/6439 - 36S/402, de 16 de enero de 1989, adoptado el 7 de noviembre de 1989, párr. 5.26; Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia — Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas*, (Tailandia — Cigarrillos (Filipinas)), Doc. WT/DS371/AB/R, 17 de junio de 2011, párr. 73; OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE, *Prácticas de solución de diferencias del GATT/OMC en relación con los apartados b), d) y g) del artículo XX del GATT*, Nota de la Secretaría, Doc. WT/CTE/W/203, 8 de marzo 2002, párr. 16-20.

búsqueda de la medida alternativa que sea menos restrictiva al comercio “razonablemente disponible”, tiene el potencial de socavar este derecho del Miembro demandado de decidir sobre su nivel de protección. Esto se debe a que el órgano resolutorio estaría formulando su propia valoración sobre la importancia del objetivo de política que se deriva de la medida del demandado²⁰⁵. En otras palabras, se podría interpretar la “necesidad” en el sentido que permite al órgano resolutorio cuestionar si una importante restricción al comercio es indispensable para su nivel de protección²⁰⁶. Sin embargo, del análisis de la jurisprudencia y del significado de la proporcionalidad, que se explicará más adelante, se desprende que la prueba de necesidad realizada respecto de las disposiciones de excepción del art. XX del GATT y art. XIV del AGCS no implica una valoración del nivel de protección escogido por el Miembro, sino en todo caso una valoración del objetivo de la medida y de su importancia en relación a la medida alternativa. Es en última instancia un análisis de la “medida menos restrictiva al comercio”, para el cual se toma en consideración varios factores en relación al caso concreto. Finalmente ha de considerarse que el fin último de la prueba es determinar la “necesidad” de la medida en relación a su aplicación de forma excepcional. Desde el punto de vista teórico que se ha revisado, no constituiría una aplicación de la proporcionalidad de la medida *sensu stricto*.

Se pueden identificar diferentes momentos en la interpretación de los órganos resolutorios sobre el proceso de revisión de la medida conforme a la prueba de necesidad. La primera fase se configura durante la aplicación del GATT antes de la creación de la OMC. La segunda fase tiene su punto de referencia en la realización de los informes del OA en los asuntos *Corea – Carne Vacuna*, respecto del art. XX d) y *CE – Amianto*

²⁰⁵ En este sentido explican MITCHELL y HENCKELS que el órgano resolutorio podría entonces concluir que una medida no es necesaria, a pesar que no exista una medida alternativa que logre el nivel de protección del demandado. *Vid.* MITCHELL, A. D. Y HENCKELS, C., "Variations on a Theme: Comparing the Concept of Necessity in International Investment Law and WTO Law", *Chicago Journal of International Law*, no. 14, 2013, pp. 93-164.

²⁰⁶ *Vid.* NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea — Beef, EC — Asbestos and EC — Sardines", *op. cit.*, p. 212. En este sentido NEUMANN y TÜRK señalan también que se podría entender que el ejercicio de “sopesar y cotejar” de la prueba de necesidad sea considerado el primer paso de la prueba de proporcionalidad en *stricto sensu*. Lo que implicaría de ser el caso una mayor intromisión en las decisiones de política pública de los Miembros. *Ibid.*, p. 199, 232. *Vid.* también BUTTON, C., *The Power to Protect Trade, Health and Uncertainty in the WTO, Studies in International Trade Law (Book 2)*, Hart, 2004, p. 36-37. BUTTON argumenta que el proceso de sopesar y confrontar indicado por el OA en *Corea – Carne Vacuna* sugiere un requerimiento de proporcionalidad estricta. REID señala que la OMC ha aplicado una prueba que efectivamente se parece a “*proportionality*”. *Vid.* REID, E., "Squaring the circle for tomorrow's world: a comparative analysis of the EC and WTO approaches to balancing economic & non-economic interests in international trade", en TRIDIMAS, T. Y NEBBIA, P. (eds.), *European Union Law for the Twenty First Century: Rethinking the New Legal Order*, Oxford, Hart, 2004, pp. 303-320, p. 319.

respecto del art. XX b). Ambas disputas se resolvieron en el 2001 y significaron un cambio importante en los requerimientos de la necesidad, con la implementación del proceso de sopesar y confrontar los factores relevantes, tal como se explicará más adelante. La tercera fase se ha identificado a partir del informe del OA en el asunto *Brasil – Neumáticos recauchutados* de 2007. En esta etapa se establece una confirmación de la jurisprudencia reciente, con un razonamiento más sistemático del proceso y un acercamiento hacia un entendimiento más holístico de la prueba de necesidad, en la cual se incluye como un factor a considerar el requisito de que una medida deba contribuir a alcanzar los objetivos perseguidos.

Fue en relación a la excepción de art. XX d) que se formuló por primera vez con mayor claridad el contenido de una prueba de necesidad, en relación al asunto *Estados Unidos – artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*. Se afirmó que la justificación de la necesidad de una medida incompatible con el GATT solamente es posible si no se tiene a su alcance otra medida que no sea incompatible. Además, entre las medidas que se tengan razonablemente a su alcance, debe utilizarse la que suponga el menor grado de incompatibilidad con el GATT. Se formuló así la prueba de “menor restrictividad al comercio”²⁰⁷, la cual es una prueba de comparación de dos elementos para justificar la aplicación de la medida o determinar la incompatibilidad de la medida con el GATT. También se estableció que debería considerarse que el término “necesarias” tenía el mismo significado en los párrafos b) y d) del art. XX del GATT²⁰⁸.

En relación al art. XX b) el GE determinó si la medida es “necesaria” para *proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales*, utilizando un proceso de dos etapas²⁰⁹. La primera etapa consiste en determinar si la

²⁰⁷ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Artículo 337, Doc. L/6439 - 36S/402, cit.*, párr. 5.26. “En opinión del Grupo Especial, es indudable que una parte contratante no puede justificar en tanto que 'necesaria' en el sentido del apartado d) del artículo XX una medida incompatible con otra disposición del Acuerdo General si tiene razonablemente a su alcance otra medida que no sea incompatible. Análogamente, en los casos en que una parte contratante no tiene razonablemente a su alcance una medida compatible con otras disposiciones del Acuerdo General, esa parte contratante debe utilizar, de las medidas que tenga razonablemente a su alcance, aquella que suponga el menor grado de incompatibilidad con las otras disposiciones del Acuerdo General.”

²⁰⁸ En el asunto *Tailandia - Cigarrillos*, el Grupo Especial concluyó que el término “necesarias” tenía el mismo significado en los apartados b) y d): Vid. Informe del Grupo Especial, *Tailandia — Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas, (Tailandia — Cigarrillos (Filipinas))*, Doc. WT/DS371/R, 15 de noviembre de 2010, párr. 74.

²⁰⁹ Para un caso en el que inicialmente se realizó este análisis vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Gasolina, Doc. WT/DS2/R, cit.*; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Gasolina, Doc. WT/DS2/AB/R, cit.*, párr. 6.20. En relación a otros casos más recientes en que se aplicó esta

medida está diseñada para el propósito señalado. Este elemento es fácil de aplicar y no genera mayor problema interpretativo. El contenido de esta primera parte del examen del contenido del art. XX b) y es bastante parecido a la definición de “*suitability*” o idoneidad, que es el primer paso del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

La segunda etapa es determinar si la medida es “necesaria” para cumplir con el objetivo de política. Al igual que en la determinación de la necesidad del art. XX d), la prueba de necesidad del art. XX b) debe identificar si existe una alternativa menos restrictiva al comercio que esté razonablemente disponible. En el asunto *Tailandia – Cigarrillos*, el GE señaló que las restricciones a la importación impuestas por Tailandia solo podían considerarse “necesarias” si Tailandia no tenía razonablemente a su alcance otra medida compatible con el Acuerdo o cuyo grado de incompatibilidad con el mismo fuera menor para alcanzar sus objetivos de política sanitaria, lo que no fue el caso ya que Tailandia tenía razonablemente a su alcance otras medidas compatibles con el acuerdo²¹⁰. Este segundo elemento es más problemático de aplicar que el primero, y su contenido es parecido al segundo nivel de la prueba de proporcionalidad en sentido amplio que se identificaron en el apartado anterior.

La jurisprudencia sobre el requerimiento de la necesidad sufrió un cambio importante con dos informes del OA, adoptados en el 2001, *Corea – Carne Vacuna*, respecto del art. XX d) y *CE – Amianto* respecto del art. XX b)²¹¹, lo que como se ha comentado conlleva el inicio de una segunda fase en la interpretación de la necesidad de la medida. En el asunto *Corea – Carne Vacuna*, el OA estableció que para justificar la medida la valoración

prueba *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, (CE — Preferencias arancelarias), Doc. WT/DS246/AB/R, 7 de abril de 2004, párrs. 7.179, 7.199; Informe del Grupo Especial, *Brasil — Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, (Brasil — Neumáticos recauchutados), Doc. WT/DS332/R, 12 de junio de 2007, párrs. 7.40-7.41.

²¹⁰ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Tailandia — Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, (Tailandia — Cigarrillos), Doc. DS10/R - 37S/222, de 5 de octubre de 1990, adoptado el 7 de noviembre de 1990, párrs. 73, 75. Entonces en este caso respecto a si la prohibición de Tailandia de importación de cigarrillos, incompatible con el art. XI del GATT se podría justificar en virtud del art. XX b), el Grupo Especial consideró que la medida no era “necesaria” y por lo tanto no estaba permitida su aplicación. Tailandia tenía razonablemente a su alcance diversas medidas compatibles con el Acuerdo, para controlar la calidad y cantidad de los cigarrillos que se fumaban y que, utilizadas globalmente, podían servir para conseguir los objetivos de política. *Ibid.*, párr. 81.

²¹¹ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.* e Informe del Órgano de Apelación, *CE — Amianto*, Doc. WT/DS135/R/AB, *cit.*

debería basarse también en dos etapas²¹²: Primero, confirmar que la medida está diseñada para asegurar el cumplimiento con el derecho nacional. Este primer elemento ha dado lugar a algunos problemas interpretativos, pero es también bastante parecido al primer nivel de la prueba de proporcionalidad en sentido amplio. Segundo, verificar que la medida sea “necesaria para asegurar dicho cumplimiento”, este requisito de necesidad, como se ha mencionado, contiene la llamada prueba de “menor restrictividad al comercio”. En este mismo asunto, el OA agregó que el alcance del término “necesario” no estaba limitado a lo que es *indispensable o inevitable*. Entonces las medidas que son indispensables son “necesarias” y cumplen sin duda las prescripciones del apartado d) del art. XX. Adicionalmente, si una medida no es indispensable o inevitable puede seguir siendo considerada necesaria, dentro del significado del art. XX d). Se reconoce así que la palabra “necesidad” en este marco se refiere a una “variedad de grados de necesidad”. La medida será necesaria cuando esté situada significativamente más cerca del polo de lo “indispensable” que del polo opuesto, de lo que simplemente “contribuye a”²¹³. Para que la medida no indispensable siga siendo considerada necesaria, se valorará si la medida alternativa cumple con ciertos requisitos.

En el análisis utilizado para establecer la necesidad de la medida, en el asunto *Corea – Carne Vacuna* se introdujo por primera vez la prueba o el proceso de “sopesar y confrontar”, también llamada “*balancing test*”. En esta comparación la medida impugnada es comparada con la medida alternativa, para ello en este proceso se considera una serie de factores para determinar si una medida que no es ‘indispensable’ pueda no obstante ser ‘necesaria’. El OA no señaló de manera taxativa cuáles son los factores que se deben considerar, lo que sí hizo fue señalar que dentro de estos factores “figuran principalmente la contribución de la medida para lograr la observancia a hacer cumplir la ley o reglamento en cuestión, la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por esa ley o

²¹² *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*

²¹³ *Ibid.*, párr. 161 establece: “En un extremo de este continuo, “necesarias” se entiende como “indispensables”; en el otro extremo, en el sentido de “que contribuyen a””. Ver también Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, (*Brasil — Neumáticos recauchutados*), Doc. WT/DS332/AB/R, 3 de diciembre de 2007, párr. 210, donde se reitera que para que una medida pueda calificarse de necesaria no es preciso que sea indispensable, y como se analizará resalta que la contribución de la medida al logro del objetivo debe ser importante para que ésta sea necesaria.

reglamento, y la repercusión concomitante de la ley o reglamento en las importaciones o exportaciones”²¹⁴.

Respecto al factor de “la importancia relativa de los intereses o valores comunes protegidos” se ha generado cierta controversia, en particular sobre la apreciación que hizo el OA sobre sus implicaciones al señalar que a mayor importancia o trascendencia de estos valores o intereses, más fácil será considerar una medida como “necesaria”²¹⁵. Se ha señalado que los GE y el OA estarían aplicando diferentes niveles de escrutinio dependiendo de la importancia de los valores o intereses²¹⁶, lo que implicaría, según algunos autores, una valoración de los objetivos legítimos de la medida que va más allá de un enfoque de “medida menos restrictiva al comercio”²¹⁷.

Por tanto, a primera impresión, pareciera que este proceso de “sopesar y confrontar” los factores arriba señalados tuviera un parecido con la prueba de “proporcionalidad en *sensu stricto*”. Por ejemplo HILF Y GOETTSCHE señalan que la decisión en el asunto *Corea – Carne Vacuna* se ocupa de dar efecto a ciertos aspectos del principio de proporcionalidad, o tiene al menos una conexión directa con los componentes y elementos

²¹⁴ Vid. Informe del Organo de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párrs. 162-164. Vid. también MARCEAU, G. Y TRACHTMAN, J. P., "The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade. A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods", *Journal of World Trade Law*, vol. 36, no. 5, 2002, pp. 811-881, en p. 210.

²¹⁵ Vid. Informe del Organo de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 162: "...Nos parece que un intérprete de tratados que evalúe una medida que se alegue necesaria para lograr la observancia de una ley o reglamento compatible con la OMC puede, en casos apropiados, tener en cuenta la importancia relativa de los intereses o valores comunes que la ley o el reglamento que se deban hacer cumplir estén destinados a proteger. Cuanto más vitales o importantes sean esos intereses o valores comunes, más fácil será aceptar como "necesaria" una medida concebida como instrumento para lograr la observancia". Vid. también Informe del Órgano de Apelación, *CE — Amianto*, Doc. WT/DS135/R/AB, *cit.*, párr. 172.

²¹⁶ Vid. DELIMATISIS, P., "Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come", *European Journal of International Law*, vol. 19, no. 2, 2008, pp. 365-408, en p. 373. DELIMATISIS señala que el OA en el asunto *Corea – Carne Vacuno*, refina los elementos de “la alternativa menos restrictiva” del asunto *EEUU – Sección 337* mediante la adopción de un enfoque de “medida menos restrictiva al comercio”. Hasta aquí esta investigación está de acuerdo con la argumentación, lo que no se entiende es su afirmación que esto lo realizó el OA mediante una “*sort of proportionality means-end*” (*weighing and balancing test*). Parece que DELIMATISIS equipara este ejercicio a una prueba de proporcionalidad, pero no queda claro si se refiere a una prueba de proporcionalidad en *sensu stricto* o prueba de costo-beneficio. *Ibid.*, p. 374.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 373. La Secretaría de la OMC señala que en la práctica de solución de diferencias relacionadas con el art. XX del GATT, párrs. a), b) y d), ha habido una evolución del enfoque de la medida como “la menos restrictiva al comercio” a otro de medida “menos restrictiva al comercio”, complementado con una prueba de proporcionalidad. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE, *Prácticas de solución de diferencias del GATT/OMC en relación con los apartados b), d) y g) del artículo XX del GATT*, Doc. WT/CTE/W/203, 2002, *cit.* Ver también entre otros SYKES, A. O., "The Least Restrictive Means", *University of Chicago Law Review*, vol. 70, no. 1, 2003, pp. 403-420, p. 416; MAVROIDIS, P. C., *The General Agreement on Tariffs and Trade: a commentary*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2005, p. 203.

individuales del principio. MARCEAU Y TRACHTMAN, por su parte, argumentan que el OA en *Corea – Carne Vacuna* instituye una prueba de proporcionalidad “rather explicitly”²¹⁸. Sin embargo, esta investigación considera como otros autores²¹⁹ que el OA no establece en realidad una prueba de proporcionalidad en *sensu stricto*. El OA en el asunto *Corea – Carne Vacuna*, explícitamente establece que el sopesar y confrontar estos factores es parte del proceso para determinar si una medida alternativa “está razonablemente al alcance del Miembro”²²⁰. En este caso el análisis de sopesar y confrontar se realiza en el proceso del examen de la necesidad de la medida y no luego de ser establecida la necesidad de la medida en cuestión. En este mismo sentido, REGAN argumenta que el OA no estableció en realidad una prueba de cotejar el “costo – beneficio” (del beneficio de la medida en relación al objetivo de política – en relación al costo de la medida en el CI), sino que solamente la describe. Lo que en realidad establece es un margen de apreciación en la aplicación de la prueba de la “medida menos restrictiva al comercio”²²¹.

En todo caso, con el asunto *Corea – Carne Vacuna* se adoptó un enfoque mejorado o más sofisticado mediante la adopción de una prueba que contrasta varios factores, pero a la vez la inclusión de los factores de la importancia relativa de intereses y valores en la valoración, y la confusión de lo que puede ser sopesado y confrontado, trajo consigo dificultades en el margen de aplicación y entendimiento de la necesidad.

²¹⁸ Vid. HILF, M. Y GOETTSCHKE, G. J., "The relation of economic and non-economic principles in international law", *op. cit.*, p. 25; MARCEAU, G. Y TRACHTMAN, J. P., "The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade. A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods", *op. cit.*, p. 852.

²¹⁹ Vid. VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 289. Vid. también ORTINO, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, *op. cit.*, p. 205. Argumenta que el proceso de sopesar y confrontar necesita ser visto como “the necessary limb in the determination of the existence of a less restrictive measure that which may equally secure compliance...”; STOLL, P.-T. Y SCHORKOPF, F., *WTO - World Economic Order, World Trade Law*, MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW, *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Netherland, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 63. Argumentan que en el art. XX no se presenta la prueba de “proporcionalidad en sentido estricto”.

²²⁰ Vid. Informe del Organo de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 166. “A nuestro juicio, el proceso de sopesar y confrontar factores que se ha esbozado queda comprendido en la determinación de si el *Miembro interesado* “tiene razonablemente a su alcance” otra medida posible que sea compatible con la OMC, o si hay una medida menos incompatible con la OMC que esté “razonablemente a su alcance”.”

²²¹ Vid. REGAN, D. H., "The meaning of "necessary" in GATT Article XX and GATS Article XIV: the myth of cost-benefit balancing", *World Trade Review*, vol. 6, no. 3, 2007, pp. 347-369, en pp. 348, 353 ss.

En el asunto *CE – Amianto* el OA dio mayores detalles del proceso de sopesar y confrontar en relación con el art. XX b)²²². Se reafirmó que los Miembros tienen el derecho indiscutible de protección del interés de política en cuestión (en este caso la salud). El nivel de protección escogido por el Miembro no puede ser cuestionado. La valoración de la necesidad de una medida se limita a comprobar si la medida en cuestión no es necesaria para alcanzar el nivel de protección determinado.

El OA aclaró también el significado de medida alternativa “razonablemente disponible”. En línea con el informe *Corea – Carne Vacuna*, el OA señaló que para determinar si una medida alternativa sugerida está “razonablemente disponible”, se deben considerar varios factores junto con la dificultad de implementación, y aplicó este criterio a los requisitos del art. XX b)²²³. Indicó que para determinar la necesidad, se debe considerar la importancia del valor social perseguido por la medida en cuestión, así como la extensión en que la medida en cuestión va a contribuir a la realización del objetivo perseguido por la protección o promoción de tal valor²²⁴. A igual que en el asunto *Corea – Carne Vacuna*, cuanto mayor sea la importancia del valor social perseguido por la medida y cuanto más contribuya a la protección o promoción de este valor, más fácilmente la medida en cuestión puede ser considerada “necesaria”²²⁵. Respecto al factor relacionado con la importancia del objetivo de la medida, en este caso y en otros posteriores²²⁶ se confirmó que esta consideración se debe aplicar a cada una de las excepciones de necesidad²²⁷.

²²² En el asunto *CE — Amianto*, el Órgano de Apelación también constató, como resultado del proceso en el que se sopesaron y confrontaron una serie de factores, que no había una alternativa a la prohibición del comercio a la que se pudiera recurrir razonablemente. La medida estaba claramente destinada a alcanzar el nivel de protección sanitaria elegido por Francia y se constató que el objetivo que se perseguía con la medida era “vital y de la máxima importancia”. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE — Amianto*, Doc. WT/DS135/R/AB, *cit.*

²²³ Canadá había reclamado ante el OA que el GE había errado al encontrar que el “*controlled use*” de amianto y productos de amianto no era una alternativa razonablemente disponible a la prohibición de importación de amianto. De acuerdo con Canadá, una medida alternativa solamente se excluye como alternativa “razonablemente disponible”, si la implementación de la medida es imposible.

²²⁴ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE — Amianto*, Doc. WT/DS135/R/AB, *cit.*, párr. 172, remitiéndose al asunto *Corea – Carne vacuna II*, Informe del Organo de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 163.

²²⁵ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE — Amianto*, Doc. WT/DS135/R/AB, *cit.*, párr. 172.

²²⁶ *Ibid.*, párr. 172. Se sostuvo que la protección de la vida humana y de la salud contra productos cancerígenos tales como productos de amianto es “vital e importante en el grado más alto”. También entre otros en *EEUU — Juegos de Azar y China – Audiovisuales* el GE mantuvo que las medidas para la protección de la moral pública debería también ser vistas como de gran importancia. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Medidas que Afectan al Suministro Transfronterizo de Servicios de Juegos de Azar y Apuestas*, (*Estados Unidos — Juegos de azar*), Doc. WT/DS285/R, 10 de noviembre de 2004, párr. 6.492; Informe del Grupo Especial, *China — Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de*

Otro factor considerado en el proceso de sopesar y confrontar hace referencia al impacto restrictivo de la medida en el comercio internacional, este elemento no fue explícitamente referido por el OA en el asunto *CE – Amianto*. En posteriores disputas en las que se consideró el análisis de la necesidad del art. XX b) sí se hizo referencia a este factor²²⁸, en el sentido que a menor sea el impacto de la medida en el CI más fácilmente la medida puede ser considerada como necesaria.

En el asunto *Tailandia – Cigarrillos*, el OA planteó el requerimiento de que la medida alternativa necesita ser compatible con el GATT o menos incompatible con él. Sin embargo, en el asunto *CE – Amianto* se planteó el requisito de manera distinta, es decir que la alternativa debe ser “menos restrictiva al comercio que la medida en cuestión”. Sobre la prueba del art. XX b), el OA mantuvo en *CE – Amianto* que la cuestión es si hay una medida alternativa que pudiera alcanzar el mismo fin, y que sea menos restrictiva al comercio que una prohibición²²⁹. También se aplicó este criterio en el asunto *CE – Preferencias Arancelarias*²³⁰, sin embargo en *Brasil – Neumáticos recauchutados*, el OA volvió al requisito de examinar si la medida era compatible o menos incompatible con la OMC, tal como lo hizo en el asunto *Tailandia – Cigarrillos*²³¹.

Finalmente, respecto al factor de la efectividad de la contribución de la medida para lograr el objetivo relevante, en casos recientes el OA ha considerado que no es obligatorio que se demuestre su actual contribución al objetivo, sino su contribución potencial. Se puede demostrar que la medida es “capaz o apta” para alcanzar el objetivo buscado sin que haya garantía del resultado. En el asunto *México – Refrescos* el OA señaló que el requisito de necesidad puede satisfacerse si la medida es “capaz de alcanzar su objetivo” o incluso cuando “la medida no puede garantizar de alcanzar este resultado con absoluta

esparcimiento, (*China – Publicaciones y productos audiovisuales*), Doc. WT/DS363/R, 12 de agosto de 2009, párr. 7.817.

²²⁷ Vid. MITCHELL, A. D. Y HENCKELS, C., "Variations on a Theme: Comparing the Concept of Necessity in International Investment Law and WTO Law", *op. cit.*, p. 129.

²²⁸ Vid. Informe del Grupo Especial, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/R/, *cit.* párr. 7.104; Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 143.

²²⁹ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, Doc. WT/DS135/R/AB, *cit.*, párr. 197.

²³⁰ Vid. Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, (*CE – Preferencias arancelarias*), Doc. WT/DS246/R, 1 de diciembre de 2003, párr. 7.2.11.

²³¹ Vid. Informe del Grupo Especial, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/R/, *cit.*, párr. 7.152 y nota 1279.

certeza”²³². Este enfoque es menos intrusivo²³³ y reconoce las incertidumbres y dificultades que pueden tener los Miembros respecto a las regulaciones en términos de la realización final de sus propósitos.

La tercera fase de la valoración de la necesidad se da a partir del informe del OA *Brasil – Neumáticos recauchutados*²³⁴ respecto a la prohibición de importación de neumáticos recauchutados y su posible justificación en virtud del art. XX b). En esta fase se aclara el proceso de sopesar y confrontar en el análisis del art. XX y se explica con mayor detalle cómo la medida en cuestión debe contribuir a los objetivos perseguidos por la medida. El OA aclaró el proceso de sopesar y confrontar, señalando que éste comprende dos etapas²³⁵. Primero se realiza el análisis de la necesidad de la medida en cuestión, tomando en cuenta los factores pertinentes. Como en la anterior jurisprudencia los factores que se toman en cuenta en particular son²³⁶:

- la importancia de los intereses o valores en juego,

²³² Vid. Informe del Órgano de Apelación, *México — Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, (México — Impuestos sobre los refrescos), Doc. WT/DS308/R, 6 de marzo de 2006, párr. 74. Vid. también Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, cit., párrs. 150-152.

²³³ Vid. DELIMATSI, P., "Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come", *op. cit.*, p. 374.

²³⁴ Vid. Informe del Grupo Especial, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/R/, cit.; Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, cit. En esta disputa las Comunidades Europeas reclamaron, entre otras, que Brasil había violado el párr. 1 del artículo XI sobre la prohibición de restricciones cuantitativas y el párr. 4 del artículo III del GATT sobre trato nacional respecto de las siguientes medidas: la prohibición de las importaciones de neumáticos recauchutados impuesta por el Brasil; la imposición de multas por importación, comercialización, transporte, almacenamiento, conservación o mantenimiento en depósito o en almacenes de neumáticos recauchutados; las restricciones impuestas por legislación estatal a la comercialización de neumáticos recauchutados importados; y las exenciones de los neumáticos recauchutados importados de países del MERCOSUR de la prohibición de las importaciones y de las multas.

²³⁵ Estas dos etapas fueron identificadas previamente en el contexto del AGCS, en el asunto *EEUU – Juegos de Azar*. Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, cit., párrs. 306-307.

²³⁶ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, cit., párr. 156. El OA, ha considerado en este sentido lo señalado en la disputa *Estados Unidos - Juegos de azar*. Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, cit., párrs. 306-307. Esta constatación se realizó por primera vez en el asunto *Corea – Carne Vacuna*, en el análisis del art. XX d), aunque no de forma tajante en la proposición de la consideración de la importancia de los valores e intereses comunes, sino más bien como una consideración a tomar en cuenta. Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, cit., párrs. 162-164, y posteriormente de forma similar en Informe del Órgano de Apelación, *CE — Amianto*, Doc. WT/DS135/R/AB, cit., párr. 172; Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana — Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, (República Dominicana — Importación y venta de cigarrillos), Doc. WT/DS302/AB/R, 25 de abril de 2005, párr. 70; Informe del Grupo Especial, *CE — Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, cit., párr. 1.182.

- el alcance de la contribución de la medida al logro de su objetivo, y
- el grado de restricción del comercio que implica.

Luego, si de la primera parte del análisis se concluye preliminarmente que la medida es necesaria, este resultado se confirmará mediante una comparación de la medida con otras posibles alternativas, que puedan tener efectos menos restrictivos del comercio y proporcionen una contribución equivalente al logro del objetivo²³⁷. El OA resaltó que esta comparación debe llevarse a cabo “a la luz de la importancia de los intereses o valores en juego”²³⁸.

En tanto que este proceso de sopesar y confrontar se realizó en esta disputa en conformidad con el enfoque definido en casos anteriores por el OA y que se constató que no existía otra medida alternativa posible. En esta disputa el OA consideró que era correcta la constatación del GE de que la prohibición de las importaciones estaba justificada provisionalmente como «necesaria» en el sentido del apartado b) del artículo XX.

El OA indicó también que la evaluación debe realizarse de forma global, esto implica que: “la operación de sopesar y confrontar debe efectuarse en forma íntegra, reuniendo todas las variables de la ecuación y evaluándolas unas en relación con otras, después de examinarlas individualmente, para llegar a un juicio global”²³⁹. Como ha señalado la Secretaría de la OMC, se ha confirmado que el GE tiene un cierto margen de discrecionalidad al formular su conclusión, y que la operación de sopesar y confrontar “debe efectuarse en forma íntegra”²⁴⁰. En relación al criterio de la evaluación global y de la consideración de los valores e intereses en juego, en la determinación de la necesidad el OA señaló, respecto del art. XX b), que el derecho que tienen los Miembros de la OMC de determinar sus objetivos de política, así como el nivel de protección que consideren apropiado para el logro de dichos objetivos, constituye un principio fundamental²⁴¹.

²³⁷ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, cit., párr. 178. Estas posibles alternativas, tendrían que ser “menos restrictivas del comercio sin dejar de ofrecer una contribución equivalente al logro del objetivo”.

²³⁸ *Ibid.*, párr. 178. El OA, ha considera considerando en este sentido lo señalado en la disputa *Estados Unidos - Juegos de azar*. Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, cit., párr. 307.

²³⁹ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, cit., párr. 182.

²⁴⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Las Pruebas de Necesidad en la OMC*, Doc. S/WPDR/W/27/Add.1, 2011, cit., p. 12.

²⁴¹ Respecto de la autonomía en los objetivos de política pública vid. entre otros *EEUU – Gasolina*, “Los Miembros de la OMC tienen amplia autonomía para establecer sus propias políticas

Un elemento que también es decisivo en el análisis de la necesidad y que fue revisado con detenimiento en esta disputa es “la contribución de la medida al logro de su objetivo”, el OA señaló en primer lugar que “existe esa contribución cuando hay una relación auténtica de fines a medios entre el objetivo perseguido y la medida en cuestión”²⁴². Explicó que una medida es necesaria si “es adecuada como contribución importante al logro de su objetivo”²⁴³. Para que una medida pueda calificarse de necesaria no es preciso que sea indispensable²⁴⁴, sin embargo su contribución al logro del objetivo debe ser importante, no meramente marginal ni insignificante. Esto especialmente en el caso de que la medida produzca efectos restrictivos graves al CI, como es el caso de una prohibición de las importaciones²⁴⁵. En caso contrario se puede dar que no se satisfaga el criterio de necesidad. Cabe mencionar que este factor de la contribución de la medida al logro de su objetivo se tomó ya en consideración previamente en la decisión del OA en el asunto *Corea – Carne Vacuna*.

Respecto a la forma o los elementos que el GE puede usar para demostrar que la medida hace una contribución importante al logro de sus objetivos, el OA plantea un criterio amplio y en este asunto señaló que se puede recurrir a pruebas o datos, tanto del presente como del pasado. También se puede llegar a la conclusión de que la medida es adecuada para hacer la contribución importante al logro de sus objetivos mediante proyecciones cuantitativas en el futuro o en razonamientos cualitativos valorativos basados en una serie de hipótesis comprobadas. Por ende no es indispensable una evaluación

medioambientales...”. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, Doc. WT/DS2/AB/R, *cit.*, p. 31; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, Doc. WT/DS58/AB/R, *cit.*, párr. 7.26, nota 629; Japón – Bebidas Alcohólicas I (GATT) L/6216 párr. 5.13; Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.461. Respecto del derecho de los Miembros de determinar el nivel del logro de o de protección que considere necesario *Vid.* entre otros Informe del Organo de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 178; Informe del Órgano de Apelación, *CE — Amianto*, Doc. WT/DS135/R/AB, *cit.*, párr. 168; Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 210.

²⁴² *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 145.

²⁴³ *Ibid.*, párr. 10.

²⁴⁴ *Vid.* *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación indicó que el alcance de la palabra 'necesarias' [...] no se limita a lo que es 'indispensable'. *Vid.* Informe del Organo de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 161.

²⁴⁵ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 150: “...nos parece que cuando una medida produce efectos de restricción del comercio internacional tan graves como los que se derivan de una prohibición de las importaciones, sería difícil que un grupo especial constatará que esa medida es necesaria de no estar convencido de que la medida es adecuada como contribución importante al logro de su objetivo.

cuantitativa de los datos actuales²⁴⁶. De esta forma, el OA aclaró el método que debe aplicarse a fin de determinar si la medida contribuye al logro del objetivo²⁴⁷.

En la explicación que realizó el OA sobre la contribución de la medida al logro del objetivo, y en particular a la relevancia que le da a la contribución alcanzada cuando es mínima, no estaba justificado por el art. XX, pero según algunos autores implica una prueba que va más allá de la menor restrictividad razonablemente disponible²⁴⁸. Sin tomar en cuenta los otros factores o considerando que, a pesar de que la contribución sea marginal, no hay otra medida alternativa disponible.

Posteriormente, en el asunto *China — Publicaciones y productos audiovisuales*, y en concreto en relación al art. XX a) del GATT²⁴⁹, el OA resaltó la importancia de que se sigan las diferentes etapas mencionadas en las disputas anteriores a fin de determinar la necesidad de la medida y que los enfoques adoptados para determinar la necesidad en los últimos casos no difieren²⁵⁰. Consideró que los enfoques anteriores de sopesar y confrontar reconocen que el análisis exhaustivo para determinar la necesidad se realiza con arreglo a

²⁴⁶ *Ibid.*, párr 151.

²⁴⁷ Para la elección de una metodología para evaluar la contribución de una medida, el GE goza de un margen para establecerla y para decidir la forma de estructurar u organizar el análisis de la contribución de la medida a la consecución de los fines perseguidos con ella. Parece que pueden considerarse varios elementos en la selección de la metodología aplicada por el GE (la naturaleza del riesgo, el objetivo perseguido y el nivel de protección que se trata de alcanzar) así como que dependerá de la naturaleza, cantidad y calidad de las pruebas con que se cuenta en el momento en que se realiza el análisis. El límite está en el análisis debe hacer de conformidad con las prescripciones del artículo XX del GATT de 1994 y el artículo 11 del ESD. *Ibid.*, párr 145.

²⁴⁸ *Vid.* VAN DEN BOSSCHE, P., "Looking for Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 294.

²⁴⁹ Los EEUU reclamaron respecto de una serie de medidas de China que regulan actividades relacionadas con la importación y distribución de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento, alegando la violación de los art. III:4 y XX a) del GATT, art. XVI y XVII del AGCS y el Protocolo de Adhesión de China y el informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China. Respecto del si se aplican la excepción por si la medida necesaria para proteger la moral pública (art. XX a) del GATT). El OA constato que China podría invocar el art. XX a) del GATT para para justificar disposiciones declaradas incompatibles con los compromisos en materia de derecho a comerciar asumidos por China en su Protocolo de Adhesión y en el informe del Grupo de Trabajo. El OA confirmó la conclusión del GE de que China no había demostrado que las disposiciones pertinentes eran "necesarias" y por ende no estaban justificadas por el art. XX, sin embargo aclaró que el GE cometió un error al señalar la constatación intermedia de que la prescripción que figuraba en una de las medidas de China podía considerarse «necesaria» para proteger la moral pública.

²⁵⁰ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *China — Publicaciones y productos audiovisuales*, Doc. WT/DS363/AB/R, *cit.*, párr. 239-242. El OA Hace referencia al asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados* en relación al asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*, que a su vez se remite a *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* y al asunto *Brasil –Neumáticos recauchutados* (en el cual se hacer referencia al Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr 307. *Vid.* Informe del Organo de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 162; Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 178.

una “secuencia”, lo cual conlleva que se deba desarrollar siguiendo una serie de pasos hasta llegar a la conclusión²⁵¹.

Confirmó también la forma en que ha de realizarse el análisis de la contribución de una medida impugnada al logro del objetivo perseguido, que se realizó en el asunto *Brasil – Neumáticos recauchutados*²⁵². En el sentido que, al examinar las pruebas presentadas, un GE debe evaluar siempre la contribución efectiva de la medida al objetivo perseguido. El OA hizo nuevamente hincapié en que "cuanto mayor sea la contribución de la medida a la realización del fin perseguido, más probable será que se considere 'necesaria'"²⁵³. También confirmó que no obstante una medida cuya contribución no sea "inmediatamente perceptible"²⁵⁴ puede igualmente contribuir al objetivo.

Además, para determinar la necesidad de la medida se debe evaluar la medida como parte de la política global, ya que a veces es difícil separar la contribución de una medida concreta de las imputables a las demás medidas que forman parte de la misma política global²⁵⁵.

En relación a esto el OA también realiza una apreciación crítica al GE por no haber realizado una valoración cuantitativa y cualitativa de la contribución de la medida al logro de los objetivos²⁵⁶.

Adicionalmente, en esta disputa el OA aclaró respecto de la consideración de los efectos restrictivos de una medida sobre el CI, este criterio debe aplicarse a la luz de las obligaciones específicas impuestas por los acuerdos abarcados que infringe la medida de que se trata. En este sentido, la evaluación de los efectos restrictivos que debe tenerse en

²⁵¹ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *China — Publicaciones y productos audiovisuales*, Doc. WT/DS363/AB/R, *cit.*, párr. 242.

²⁵² *Ibid.*, párrs. 242, 252-253.

²⁵³ *Ibid.* Párr. 251; Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 163.

²⁵⁴ *Vid.* también, Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 151.

²⁵⁵ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *China — Publicaciones y productos audiovisuales*, Doc. WT/DS363/AB/R, *cit.*, párrs. 252-253. El Órgano de Apelación ha observado que “sólo es posible hacer frente a algunos problemas complejos ambientales o de salud pública con una política global que comprenda una pluralidad de medidas en interacción”. *Vid.* También Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 151. Por lo que respecta a esos complejos problemas, el Órgano de Apelación ha dejado abierta la posibilidad de que una medida "necesaria" contribuya a uno de los objetivos protegidos con arreglo al apartado b) del artículo XX como parte de un marco de política que comprenda distintas medidas, que dé lugar a posibles sinergias entre dichas medidas. *Ibid.*, párr. 172.

²⁵⁶ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *China — Publicaciones y productos audiovisuales*, Doc. WT/DS363/AB/R, *cit.*, párr. 294.

cuenta en una diferencia puede extenderse más allá de una evaluación del efecto restrictivo sobre los productos importados²⁵⁷.

En la reciente disputa *China – Tierras Raras*²⁵⁸, el OA confirmó la conclusión del GE en el sentido que no existía fundamento para la aplicación del art. XX del GATT, como justificación del incumplimiento de obligaciones asumidas por China respecto del párrafo 11.3 del Protocolo de Acceso de China²⁵⁹. Respecto a la excepción prevista en el art. XX b), si bien el GE sostuvo, en mayoría, que no podía aplicarse en este caso el art. XX b) para imponer derechos de exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno, el GE decidió examinar los fundamentos de defensa formulados por China²⁶⁰, *on an arguendo basis*. El GE confirmó que la extracción y producción de los productos en cuestión han causado daño en el medio ambiente y a la vida y salud de los animales y

²⁵⁷ *Ibid.*, párrs. 303-307 ss. “La evaluación de los efectos restrictivos debe efectuarse a la luz de la medida en litigio, la obligación específica de los acuerdos abarcados que infringe la medida y las defensas que se invocan”. *Vid.* también CONDON, B. J., “China – Publicaciones y Productos Audiovisuales, Informe del Órgano de Apelación”, *Revista de Derecho Económico Internacional*, vol. 1, no. 1, 2010, pp. 97-112.

²⁵⁸ Esta diferencia se refiere a las restricciones a la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno. Estas son materias primas utilizadas en la producción de diversos tipos de productos electrónicos. China adujo que las restricciones guardan relación con la conservación de sus recursos naturales agotables y son necesarias para reducir la contaminación causada por la minería. Los reclamantes no estuvieron de acuerdo y adujeron que el objetivo de las restricciones es proporcionar a las ramas de producción chinas que producen mercancías de fases ulteriores del proceso productivo un acceso protegido a los materiales en cuestión. China impone tres tipos distintos de restricciones a la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno: en primer lugar, impone derechos (tributos) a la exportación de diversas formas de esos materiales; en segundo lugar, impone un contingente de exportación a la cuantía de dichos materiales que puede exportarse en un período determinado; y en tercer lugar, impone determinadas limitaciones a las empresas autorizadas a exportar los materiales.

²⁵⁹ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *China — Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno*, (*China — Tierras raras*), Doc. WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, 26 de marzo de 2014, párrs. 5.1-5.73 En este sentido el OA no aceptó la interpretación que hizo China del párr. 2 de la sección 1 de su Protocolo de Adhesión y del párr. 1 del art. XII del Acuerdo de Marrakech, y constató que el GE no incurrió en error al rechazar el argumento formulado por China, de la “relación intrínseca” que existe entre estos documentos y el GATT. La decisión del GE confirmada por el OA señalaba que China no podría tratar de justificar la aplicación de derechos de exportación a ciertas formas de fluorita en virtud del artículo XX g) del GATT y confirmó también que China no puede tratar de justificar la aplicación de derechos de exportación a ciertas formas de magnesio, manganeso y zinc en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *China — Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno*, (*China — Tierras raras*), Doc. WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R, 26 de marzo de 2014, párrs. 7.49-115. En opinión separada, un Miembro del GE señaló que las facilidades establecidas en los arts. XX, XXI, XVIII(C) y XXIV del GATT pueden en principio ser invocadas para justificar las violaciones del Protocolo de Adhesión de China, salvo que expresamente se señalara lo contrario en el Protocolo. *Ibid.* párrs. 7.118-7.137.

²⁶⁰ En el asunto *China — Materias primas*, el GE también decidió en este mismo sentido revisar los argumentos de China respecto de la aplicación del art. XX, incluso después de haber constatado que la obligación enunciada en el párrafo 3 de la sección 11 del Protocolo de Adhesión de China no estaba sujeta al XX del GATT. *Vid.* Informe de Grupo Especial, *China — Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, (*China — Materias primas*), Doc. WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 de julio de 2011, párrs. 7.229 y 7.230.

plantas en China, sin embargo China no pudo demostrar que sus aranceles a la exportación estaban diseñados y estructurados para proteger estos intereses y tampoco identificó la medida correspondiente que se aplica al precio de los productos en cuestión cuando están destinados para el consumo nacional. El GE concluyó que China no demostró que sus aranceles a la exportación eran “*apt to make a material contribution*” al objetivo señalado, y que no demostró que las medidas alternativas presentadas por los demandantes no estaban razonablemente disponibles para China o que no hacían la misma contribución que la medida impugnada. También concluyó que China no había demostrado que sus aranceles a la exportación se aplican de una manera que satisfaga los requisitos del *chapeau* del art. XX, por lo tanto China no logró demostrar que la imposición de derechos de exportación estaban justificados al amparo del artículo XX b) del GATT como medidas necesarias para proteger a la vida o la salud humana, animal o de las planta.²⁶¹

b. La prueba de necesidad y art. XIV del AGCS

El requisito de la necesidad de la medida es también aplicado en el marco de los servicios, con el objeto de determinar si la vulneración del art. XVI sobre Acceso al Mercado o del art. XVII sobre Trato Nacional, puede ser justificada en virtud de una de las excepciones del art. XIV. El Órgano de Apelación en el asunto *EEUU – Juegos de azar* se pronunció respecto de si la medidas aplicadas por EEUU que prohibían las apuestas por internet, afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas²⁶². En particular debía determinar si la prohibición de apuestas por internet podría ser justificada mediante el art. XIV a) del AGCS²⁶³, en tanto que se tratara de medidas “necesarias para proteger la moral o mantener el orden público”.

²⁶¹ *Ibid.*, párrs. 7.139-7.195.

²⁶² El OA confirmó el constatación del GE que "los problemas que la Ley de Comunicaciones por Cable, la Ley de Viajes y la Ley sobre actividades ilícitas de juegos de azar tratan de abordar [...] están incluidos en el ámbito de los conceptos de 'moral pública' y/o 'orden público' en el marco del apartado a) del artículo XIV"; Sin embargo encontró que "el Panel cometió un error en valorar como “necesarias tres leyes de Estados Unidos, fundándose en que EEUU tuvo la posibilidad de realizar consultas con Antigua. El GE sostuvo que los EEUU antes de imponer medidas contrarias a la OMC estaban obligadas a explorar la opción de realizar consulta y negociaciones de buena fe con el fin de agotar las alternativas compatibles con la OMC. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párrs. 6.455-6.535. Estableció “que tales consultas... no se puede calificar como una medida alternativa razonablemente a su alcance con el cual la medida en controversia debe ser comparada”. Por ende resolvió que las leyes “Wire Act, Travel Act, y IGBA” son medidas necesarias para proteger la moral pública o mantener el orden público, en el sentido del apartado a) del artículo XIV del AGCS. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párrs. 293-327.

²⁶³ El art. XIV en lo concerniente a esta diferencia señala: A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios,

El GE estableció con claridad la prueba de dos pasos para determinar si una medida está justificada en virtud del art. XIV, aplicando la prueba de idoneidad y la prueba de necesidad al igual que en art. XX a), XX b) y XX d) del GATT. Es decir se constata primero que el que el objetivo de la medida es el descrito por el art. XX y luego se determina si la medida es "necesaria" para alcanzar ese objetivo de política.

Respecto al primer elemento, es decir si la medida asignada es la apropiada para el propósito, el GE señaló respecto a los términos "moral pública" y "orden público", que: "debe darse a los Miembros cierta libertad para definir y aplicar... [los conceptos de "moral pública" y "orden público"] en sus respectivos territorios, conforme a sus propios sistemas y escalas de valores"²⁶⁴. Luego el GE atribuyó sentido a esos términos, tomando en cuenta también la nota 5 del art. XIV del AGCS²⁶⁵ para poder aplicar los términos a los elementos de hecho del caso.

En relación al requisito de necesidad, que es de mayor relevancia en esta investigación, el GE, confirmado por el OA, tomó en consideración la jurisprudencia del art. XX b) y d) del GATT, en particular el asunto *Corea – Carne Vacuna*, para establecer un proceso de dos etapas, el que ha sido seguido por la posterior jurisprudencia. En resumen incluye un proceso de "sopesar y confrontar" varios factores y la posterior comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas²⁶⁶. En el proceso de "sopesar y confrontar" que se realiza primero, el OA consideró una serie de factores que se utilizan en este proceso para determinar si una medida es "necesaria" para proteger la moral o mantener el orden público²⁶⁷. El OA señaló que el GE debe primero iniciar el

ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas: [a) necesarias para proteger la moral o mantener el orden público].

²⁶⁴ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, cit., párr. 6.461. También afirmó el GE que las declaraciones que se hicieron en el marco del art. XX también son válidas por lo que respecta al art. XVI del AGCS. En el sentido que la interpretación "moral pública" y "orden público", es una cuestión sensible y que su significado puede variar en el tiempo y en el espacio en función de diversos factores, incluidos los valores sociales, culturales, éticos y religiosos que prevalezcan. Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, cit., párr. 176; Informe del Órgano de Apelación, *CE — Amianto*, Doc. WT/DS135/R/AB, cit., párr. 168.

²⁶⁵ La nota 5 del art. XIV del AGCS señala que "La excepción de orden público únicamente podrá invocarse cuando se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad".

²⁶⁶ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, cit., párrs. 305-307.

²⁶⁷ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, cit., párr. 305. Como se ha revisado, este proceso se consideró ya en el marco del GATT. Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R,

proceso con una evaluación de la "importancia relativa" de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada, luego debe ocuparse de los demás factores que hay que "sopesar y confrontar", tales como la contribución de la medida al logro de los objetivos que persigue y el efecto restrictivo de la medida en el comercio internacional²⁶⁸. Estos son dos factores que en la mayoría de los casos serán pertinentes para la determinación de la "necesidad" de una medida, aunque pueden existir otros factores. Luego de la conclusión inicial, si se determina la existencia provisional de la necesidad, el GE debe confirmar este análisis comparando la medida impugnada con posibles medidas alternativas, que estén razonablemente al alcance del Miembro interesado, y que sean compatibles con las normas de la OMC²⁶⁹. También agrega el OA que los resultados de esa comparación deberán analizarse teniendo en cuenta la importancia de los intereses y valores en cuestión²⁷⁰.

El OA realizó asimismo un análisis preliminar sobre los elementos a considerar para determinar la "necesidad" y el valor de la misma, resaltando que la evaluación debe hacerse de manera independiente y objetiva. La necesidad es un criterio objetivo y la caracterización que pueda hacer el Miembro de los objetivos de la medida y de la eficacia de su enfoque reglamentario es pertinente en el examen de la necesidad, pero el GE no está

WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 164; Informe del Órgano de Apelación, *CE — Amianto*, Doc. WT/DS135/R/AB, *cit.*, párr. 172.

²⁶⁸ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 306. En estas consideraciones el OA hizo referencia al Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párrs. 162, 164, 166 e Informe del Órgano de Apelación, *CE — Amianto*, Doc. WT/DS135/R/AB, *cit.*, párr. 172, en los cuales se menciona que se debe tomar en cuenta la "importancia relativa" de los intereses o valores de la medida. En el asunto *Estados Unidos — Juegos de azar* se ha seguido el proceso considerando en primer lugar la importancia relativa de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada y luego los otros factores, en los subsiguientes casos en los que se ha realizado un análisis de la necesidad de una medida para determinar si aplica una excepción, el factor de "la importancia relativa de los intereses o valores", vuelve a ser uno más de los que se deben tomar en consideración. En este caso las disputas se han dado en el contexto del art. XX del GATT. *Vid.* por ejemplo: Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 178. Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana — Importación y venta de cigarrillos*, Doc. WT/DS302/AB/R, *cit.*, párr. 69; respecto del art. XX d), Informe del Órgano de Apelación, *China — Publicaciones y productos audiovisuales*, Doc. WT/DS363/AB/R, *cit.*, párr. 242; respecto del art. XX b) 1994, Informe del Grupo Especial, *China — Tierras raras*, Doc. WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R, *cit.*, párr. 7.146.

²⁶⁹ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 308. *Vid.* también Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 166.

²⁷⁰ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 306. Ver también Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 166.

limitado por estas determinaciones. El GE puede guiarse de la estructura y aplicación de la medida y en las pruebas en sentido contrario presentadas por la parte reclamante²⁷¹.

El OA también entró a valorar cuando se considera que no existe una medida alternativa compatible con las normas de la OMC que esté "razonablemente al alcance". Por ejemplo señala que la medida no está "razonablemente al alcance" cuando el Miembro no puede adoptarla, o si la medida impone una carga indebida como costos prohibitivos o dificultades técnicas importantes. No debe tratarse de una medida meramente teórica. El OA reitera que la medida alternativa debe ser una que no altere el derecho del Miembro demandado a lograr el nivel de protección deseado, en relación con respecto al objetivo perseguido²⁷².

Nuevamente parece quedar claro que la prueba de sopesar y confrontar es parte del examen de la necesidad y no implica una prueba de proporcionalidad en sentido estricto. También el OA insiste en que el nivel de protección deseado por el Miembro demandado no es cuestionable.

Recientemente en el asunto *CE – Focas* el GE hizo referencia al art. XIV a) del AGCS y a la decisión del asunto *EEUU – Juegos de Azar*, el GE tomó en consideración el análisis del caso antes mencionado para resolver la reclamación de Noruega en relación al art. 2.2 del Acuerdo de OTC²⁷³ y en particular respecto a la defensa de las CE fundada en el art. XX a). La CE sostenía que los reglamentos sobre el comercio de productos derivados de la foca, y posteriores medidas conexas, constituían medidas cuyo objetivo era proteger la moral pública de sus ciudadanos²⁷⁴. En este respecto el GE determinó que el

²⁷¹ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*; párr. 304.

²⁷² *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, Doc. WT/DS135/R/AB, *cit.*, párrs. 172 y 174. Véase también el Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 180.

²⁷³ El GE observó que, en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, el OA declaró que el segundo considerando del preámbulo del Acuerdo OTC indica que "el Acuerdo OTC desarrolla disciplinas preexistentes del GATT y pone de relieve que ambos acuerdos deben interpretarse de forma coherente y armónica". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor)*, Doc. WT/DS406/AB/R, 4 de abril de 2012, párr. 91. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*, párr. 7.382.

²⁷⁴ En este caso Noruega presentó reclamaciones sobre varios aspectos del "régimen de las CE para los productos derivados de las focas". Dicho régimen prohíbe la importación y venta a la CE de estos productos y contiene según Noruega determinadas excepciones que otorgan un acceso privilegiado a países de la UE. Las obligaciones reclamadas que se estarían violando con las medidas de la CE son el art. 4.2 del Acuerdo sobre la Agricultura; arts. 2.1 y 2.2, así como los arts. 5, 5.1, 5.2, 5.4, 5.6, 6, 6.1, 7.1, 7.4, 7.5, 8.1, 8.2, 9.2, 9.3 del Acuerdo OTC; y el art. I:1, III.4, XI:1 del GATT de 1994.

régimen de la UE para las focas constituía un reglamento técnico y que no infringía el art. 2.2 del Acuerdo OTC porque alcanzaba el objetivo de atender a las preocupaciones de moral pública de la UE relativas al bienestar de las focas en cierta medida, y no se demostró que una medida alternativa hiciera una contribución al logro del objetivo equivalente o superior²⁷⁵. Sin embargo, el OA revocó la constatación de que el régimen de la UE para las focas era un “reglamento técnico” en el sentido del párr. 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC y declaró superfluas y carentes de efectos jurídicos las constataciones del GE en el marco de los arts. 2.1, 2.2, 5.1.2 y 5.2.1 del Acuerdo OTC²⁷⁶. En relación a la prueba de necesidad en el contexto del art. 2.2, como se verá más adelante al revisar la necesidad en el Acuerdo OTC, el GE inició la determinación sobre lo que debe considerarse necesario, con la identificación del objetivo del reglamento técnico para luego determinar la legitimidad de su objetivo para posteriormente determinar si el reglamento técnico "restringe el comercio más de lo necesario" tomando en consideración varios factores²⁷⁷.

La referencia del GE a la decisión del asunto *EEUU – Juegos de Azar* se aplicó para identificar el supuesto objetivo de índole moral en el marco regulador de la UE en el contexto del Art. 2.2 del Acuerdo OTC²⁷⁸. En este sentido recordó que respecto al sentido y alcance de la expresión "moral pública" en el asunto *EEUU – Juegos de Azar*. El GE examinó la expresión “moral pública” según se emplea en el art. XIV del AGCS. Observó que la expresión "moral pública" denota "normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación", y que el contenido del concepto de moral pública "puede variar en el tiempo y en el espacio, en función de diversos factores, incluidos los valores sociales, culturales, éticos y religiosos que prevalezcan". Por ello estimó que debe darse a los Miembros cierta libertad para definir y aplicar por lo que a ellos respecta los conceptos de "moral pública" y "orden público" en sus respectivos territorios, conforme a sus propios sistemas y escalas de valores. En este mismo sentido, determinó que el objetivo

²⁷⁵ Vid. Informe del Grupo Especial, *CE — Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*, párrs. 7.125 y 8.2.

²⁷⁶ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas* (CE — Productos derivados de las focas), Doc. WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, 22 de mayo de 2014, párrs. 5.58-5.59, 5.70.

²⁷⁷ Vid. Informe del Grupo Especial, *CE — Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*, párr. 7.355. Ver el apartado de esta investigación sobre la prueba de necesidad en el Acuerdo OTC, p. XXX.

²⁷⁸ *Ibid.*, párrs. 7.379 – 7.382.

de moral pública está comprendida entre los objetivos "legítimos" del art. 2.2 del Acuerdo OTC, ya que es incluido de forma explícita en el art. XX del GATT y XIV del AGCS. Lo que demuestra que los Miembros de la OMC consideraron que este objetivo es particularmente significativo²⁷⁹. Finalmente el concepto de moral pública acotado en el asunto *EEUU – Apuestas* también es utilizado por el GE en esta la disputa *EEUU – Focas* para determinar las excepciones previstas en el régimen de la UE para las focas, las cuales son en principio incompatibles con las obligaciones del art. I:1 y III:4 del GATT²⁸⁰, pueden ser justificadas al amparo de los apartados a) y b) del artículo XX por considerarse necesarias.

2. El principio de proporcionalidad en las disposiciones que establecen una obligación

El principio de proporcionalidad se aplica también mediante requisitos positivos e independientes que deben cumplir las regulaciones nacionales, en el contexto de varios Acuerdos de la OMC. En este caso los estándares de razonabilidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto (de ser el caso) no constituyen una disposición justificativa del incumplimiento de una obligación, sino obligaciones que tienen como principal objetivo mitigar el efecto restrictivo de las regulaciones domésticas, en tanto que dejan discrecionalidad a los Miembros para perseguir sus objetivos de política pública²⁸¹.

La prueba de necesidad que es la más representativa del principio de proporcionalidad se desarrolla de esta forma en el contexto de disposiciones que establecen una obligación y se desprende principalmente de las obligaciones del art. 2.2 y 2.5 del Acuerdo de OTC, del art. 6.5 del Acuerdo de MSF, el párrafo 5 e) del Anexo sobre

²⁷⁹ Vid. GE UUEE- focas parr.7.418

²⁸⁰ Vid. párr. 7.609...

²⁸¹ A diferencia de las disposiciones de excepción del art. XX que solamente son relevantes luego de que se configure la violación de otra disposición. Los requisitos de necesidad en el Acuerdo MSF y el Acuerdo TBT constituyen parte de una obligación del demandado, por ende el demandante es el que debe hacer un planteamiento *prima facie*. Como se verá, de lo confirmado por la jurisprudencia y la doctrina. Sobre la prueba de necesidad en los Acuerdos OTC y MSF, Vid. entre otros ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality and balancing in WTO law: a comparative perspective", *op. cit.*, p. 85; MITCHELL, A. D. Y HENCKELS, C., "Variations on a Theme: Comparing the Concept of Necessity in International Investment Law and WTO Law", *op. cit.*, en p. 140 ss.; MARCEAU, G., "The new TBT jurisprudence in US - Clove Cigarettes, WTO US - Tuna II, and US - COOL", *Asian Journal of WTO & International Health Law And Policy*, vol. 8, no. 1, 2013, pp. 1-39; NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea — Beef, EC — Asbestos and EC — Sardines", *op. cit.*, en p. 217 ss; DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.* en p. 453 ss.; ORTINO, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, *op. cit.* (Reasonableness Rule in WTO Law: The SPS and TBT Agreements) p. 434-469)

Telecomunicaciones del AGCS, de los arts. 2.3, 8.1 y 27.2 del Acuerdo ADPIC; y el párrafo 2 de la Sección I de las Disciplinas relativas a la Contabilidad. También presumiblemente del art. VI:4 del AGCS.

Tomando en consideración que la obligación o mandato del art. VI:4 sobre de reglamentación nacional del AGCS también contendría una prueba de necesidad semejante, en los apartados siguientes se analizará el significado la necesidad, tomando en cuenta el debate doctrina y la jurisprudencia desarrollada hasta la fecha en algunas de las disposiciones en los Acuerdo OTC y MSF, considerando su relación con las disciplinas de excepción del acuerdo del GATT y el AGCS. A fin de valorar su alcance e interacción con el art. VI:4 del AGCS

a. La prueba de necesidad y el Acuerdo de OTC

El art. 2.2 del Acuerdo de OTC establece con respecto a los reglamentos técnicos que los Miembros deben asegurarse que estos *no sean elaborados, adoptados o aplicados en una manera que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al CI*²⁸². Luego la disposición continua explicando de forma más específica cómo se debe cumplir dicho objetivo, dispone que a tal fin, *los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo*. Es a partir de este párrafo en particular que se desprende el contenido específico de la prueba de necesidad, cabe resaltar que la previsión se ocupa también de los objetivos legítimos que el reglamento técnico busca alcanzar, lo cual se revisará con mayor detalle en los siguientes apartados.

El art. 2.2 enumera luego varios de los objetivos legítimos que pueden justificar la creación de un obstáculo al comercio en la forma de un reglamento técnico. Estos objetivos legítimos de política son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Esta lista de objetivos es “finita” o “no exhaustiva”²⁸³. Lo cual determina mayores dificultades en la

²⁸² En relación a los estándares o normas de normalización y a los procedimientos de evaluación de la conformidad con el Anexo 3 E y el art. 5.1.2 del Acuerdo OTC, estos establecen la misma obligación, en el sentido que no se preparen, adopten o apliquen aquellas que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al CI.

²⁸³ En el párr. 2 de la Sección I de las Disciplinas relativas al sector de la contabilidad, también se presenta una relación de objetivos a manera de ejemplo. *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14*

determinación e interpretación de lo que constituye un objetivo legítimo. El art. 2.2 señala también que “al evaluar esos riesgos, los elementos pertinentes a tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexas o los usos finales a que se destinen los productos”.

En el asunto *EEUU – Cigarrillos de clavos de olor* y posteriormente con mayor claridad en el asunto *EEUU – Atún*²⁸⁴ el GE identificó dos etapas seguir para valorar la regulación nacional de conformidad con el art. 2.2 del OTC. La primera etapa es la revisión del reglamento técnico a fin de verificar que éste persigue un objetivo legítimo y la segunda etapa es verificar que el reglamento técnico no sea más restrictivo de lo necesario, para cumplir con el objetivo legítimo, tomando en cuenta el riesgo que crearía no cumplirlo. En dos recientes disputas el OA clarificó este proceso, señalando los aspectos a seguir a fin de constatar si se vulnera el art. 2.2 del TBT²⁸⁵, los elementos a considerar son los siguientes²⁸⁶:

- Identificar los objetivos de la medida,
- Determinar si esos objetivos son "legítimos",
- Evaluar la manera y el grado en que las medidas alcanzan sus objetivos, teniendo en cuenta para ello el nivel de protección elegido por el Miembro, y
- Determinar si la medida es “necesaria” para cumplir el objetivo legítimo, tomando en consideración factores tales como su efecto restrictivo al comercio, el riesgo de no cumplimiento y posibles alternativas, lo que constituye en su conjunto la prueba de la necesidad en sí misma.

de diciembre de 1998, Doc. S/L/64, 17 de diciembre 1998. Cabe recordar la diferencia con el art. XX del GATT o el art. XIV del AGCS en los cuales se incluye una lista cerrada de objetivos.

²⁸⁴ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (Estados Unidos — Cigarrillos de clavo de olor)*, Doc. WT/DS406/R, 2 de septiembre de 2011, párr. 7.333; Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún, (Estados Unidos — Atún II)*, Doc. WT/DS381/R, 15 de septiembre de 2011, párr. 7.388.

²⁸⁵ Vid. asuntos *EEUU – Atún II* y *EEUU – EPO*, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún, (Estados Unidos — Atún II)*, Doc. WT/DS381/AB/R, 16 de mayo de 2012, párr. 302 ss. En esta disputa el OA confirmó la constatación del GE en el sentido que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado “dolphin safe”, eran incompatibles con el art. 2.2 del OTC, porque restringían el comercio más de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por los Estados Unidos. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, (*Estados Unidos — EPO*), Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, 29 de junio de 2012.

²⁸⁶ Para un análisis detallado de los elementos Vid. MARCEAU, G., "The new TBT jurisprudence in US - Clove Cigarettes, WTO US - Tuna II, and US - COOL", *op. cit.*

La pregunta latente es si este examen de la necesidad constituiría un examen de la proporcionalidad en *sensu stricto*, en el que se contrastan los valores e intereses protegidos con la medida vs el grado de restrictividad de la misma, o si por lo contrario se trataría de una prueba de “la alternativa menos restrictiva al comercio”, en la que se incluiría un proceso más complejo de sopesar o contrastar diferentes elementos. Finalmente se es posible plantearse se trataría de otro tipo de examen específico.

Como se verá, la determinación de la prueba de necesidad en esta disposición parte del criterio conocido que el nivel de protección escogido por los Miembros no puede cuestionarse. A partir de este reconocimiento, se valora que el reglamento técnico no restrinja al CI más de lo necesario. Es por ello que se revisan a continuación primero los aspectos preliminares relacionados el “objetivo legítimo” perseguido por el reglamento técnico para luego ocuparnos de la prueba de necesidad en sí misma.

- i. Los objetivos legítimos de la medida: identificación, legitimidad y logro de los objetivos

La identificación de los objetivos perseguidos

Como se ha comentado, la lista de objetivos legítimos que pueden justificar el reglamento técnico es solamente una lista ilustrativa y tal como se confirmó repetidamente por el OA, otros objetivos pueden ser considerados legítimos. El GE y el OA determinan en cada caso particular cuáles otros objetivos son objetivos legítimos. Asimismo un reglamento técnico 'justificado' en virtud del art. 2.2 como necesario para cumplir con un objetivo político legítimo en un determinado momento no quedará automáticamente 'justificado' en el futuro²⁸⁷.

En la disputa *CE – Sardinias*, el GE se ocupó de manera referencial de los objetivos del art. 2.2 en el contexto del análisis del art. 2.4²⁸⁸ y señaló que el término “los objetivos legítimos perseguidos” mencionados en esta disposición “tiene que interpretarse en el contexto del art. 2.2 que enumera ejemplos de objetivos que se consideran legítimos

²⁸⁷ Para un comentario sobre el art. 2 del Acuerdo OTC *vid.* VAN DEN BOSSCHE, P. PREVOST, D. Y MATTHEE, M., *WTO Rules on Technical Barriers to Trade*, Working Paper series from the Faculty of Law, University of Maastricht, p. 17-20, 2005-6, en p. 18; *ibid.*

²⁸⁸ El art. 2.4 del Acuerdo OTC establece: "Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales".

conforme al Acuerdo” y que la esa lista permite que otros objetivos, no mencionados expresamente, puedan ser también objetivos legítimos²⁸⁹. El GE tomó en cuenta también el preámbulo del Acuerdo OTC para determinar el significado de "objetivo legítimo"²⁹⁰ y concluyó que el texto del preámbulo y la redacción del art. 2.2 afirman que corresponde a los Miembros decidir cuáles son los objetivos de política que desean perseguir y los niveles a los que desean perseguirlos²⁹¹. En relación a ello, la limitación de la autonomía en la adopción de reglamentos técnicos, fue expresada por el GE en términos de la “menor deferencia” que se otorga a los “medios” empleados para el logro de sus objetivos²⁹². El GE recordó también que, en virtud del Acuerdo OTC, corresponde al Miembro demandado "promover los objetivos", es decir, dar explicaciones acerca del objetivo que considere legítimo²⁹³. El GE, señaló sin embargo que los órganos resolutorio necesitan determinar la legitimidad de esos objetivos.

En el asunto *EEUU – Cigarrillos de clavos de olor* el GE ya consideró que éste es el “punto de inicio” en el análisis del art. 2.2, ya que sirve de referencia para determinar si una medida es más restrictiva de lo necesario para alcanzar ese objetivo²⁹⁴. En el asunto *EEUU – Atún II*, luego de revisar el significado del término “legítimo objetivo” y de recordar que los objetivos reconocidos como legítimos en otras disposiciones del OTC u

²⁸⁹ *Vid. Informe del Grupo Especial, Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas, (CE – Sardinas), Doc. WT/DS231/R, 29 de mayo de 2002, párr. 7.118.* En esta disputa los objetivos en cuestión eran los de protección del consumidor, la transparencia del mercado y la competencia desleal, los cuales no están contenidos en el art. 2.2. A pesar de ello, el OA confirmó que los mismos estaban dentro del ámbito de aplicación del art. 2.4. En tanto que teniendo en cuenta el alcance del art. 2.2 los objetivos que abarca la expresión "objetivos legítimos" art. 2.4 van más allá de la lista de los específicamente mencionados art. 2.2 *Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas, (CE – Sardinas), Doc. WT/DS231/AB/R, 26 de septiembre de 2002, párr. 286.*

²⁹⁰ En tanto que el preámbulo señala que “el OTC expresa el deseo de que los reglamentos técnicos y normas [...] no creen *obstáculos innecesarios* al comercio”. Asimismo el preámbulo establece que los Miembros son libres de adoptar las medidas necesarias para asegurar sus objetivos de política y el nivel *que consideren apropiados*. El límite está en que las medidas no se apliquen en forma tal que constituyan un medio de *discriminación arbitrario o injustificado* o una *restricción encubierta del CI*.

²⁹¹ *Vid. Informe del Grupo Especial, CE – Sardinas, Doc. WT/DS231/R, cit., párr. 7.120.*

²⁹² De este modo, el Acuerdo OTC, como el GATT de 1994, otorga cierto grado de deferencia a los objetivos de política interna que los Miembros deseen perseguir. Sin embargo, el Acuerdo OTC al igual el GATT de 1994, muestra menos deferencia respecto de los medios que los Miembros escogen para el logro de sus objetivos de política interna.

²⁹³ *Vid. Informe del Grupo Especial, CE – Sardinas, Doc. WT/DS231/R, cit., párr. 7.121.* Ver también el informe a que hace referencia el GE: Informe del Grupo Especial, *Canadá – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos*, (Canadá - Patentes farmacéuticas), WT/DS114/R, adoptado el 7 de abril de 2000, párr. 7.69. El GE señaló que el término "intereses legítimos", debía definirse "como un concepto normativo (normative claim) que exige la protección de intereses que son 'justificables' en el sentido de que están apoyados por políticas públicas u otras normas sociales pertinentes”.

²⁹⁴ *Vid. Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, Doc. WT/DS406/R, cit. párr. 7.335.*

otros acuerdos de la OMC pueden servir de referencia para el análisis del art. 2.2, el GE señaló que se debe valorar lo que el Miembro busca conseguir mediante el reglamento técnico. Para ello se deben tomar en cuenta varios elementos y no solamente la valoración subjetiva que realiza el Miembro que implementa la medida. El GE además no está obligado por la caracterización que se hace de los objetivos perseguidos, ya que debe hacer una valoración independiente y objetiva de los mismos²⁹⁵. Finalmente en el asunto *Estados Unidos – EPO* el GE señaló que se debe tomar en cuenta la articulación del Miembro sobre el objetivo perseguido con esta medida, especialmente si este puede ser confrontado con los distintos argumentos de las partes²⁹⁶.

La verificación de la legitimidad del objetivo

El segundo paso es la verificación de la legitimidad del objetivo del reglamento técnico conforme al art. 2.2, el cual debe primero ser capaz de contribuir a alcanzar un “objetivo legítimo”. Esto indicaría que el objeto y fin de una medida puede ser revisado por el GE con respecto a su legitimidad, lo que es una importante diferencia en relación al análisis del Acuerdo de MSF. El OA en asunto *CE –Sardinias* constató que se debe examinar y determinar la legitimidad de los objetivos de las medidas. Señalando que “*was prepared to examine and termine the legitimization of the objective of a TBT measures*” y agregó que estaba llamado a hacerlos²⁹⁷. En relación a ello, un objetivo será legítimo si, como se ha señalado, está dentro de los listados en el art. 2.2²⁹⁸ y adicionalmente al tratarse de una lista abierta se pueden considerar otros objetivos.

Sin embargo, algunos autores ven con escepticismo la posibilidad de que los GE y el OA cuestionen la legitimidad de los objetivos perseguidos por los Miembros de la OMC. NEUMANN Y TÜRK, por ejemplo, sostuvieron que el art. 2.2. del OCT “*should not equip WTO tribunals to a priori rule out the legitimacy of the measure*”, ya que esto implicaría

²⁹⁵ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, cit. párr. 313- 314; Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II*, comercialización y venta de atún y productos de atún, Doc. WT/DS381/R, cit., párr.7.405 En el mismo sentido Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, cit., párr. 369-372; también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, cit., párr. 304. respecto del art. XIV del AGCS.

²⁹⁶ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, (*Estados Unidos – EPO*), Doc. WT/DS384/R, WT/DS386/R, 18 de noviembre de 2011, párr. 371.

²⁹⁷ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II*, comercialización y venta de atún y productos de atún, Doc. WT/DS381/R, cit., párr. 7.436; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, Doc. WT/DS231/AB/R, cit., párr. 286.

²⁹⁸ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, cit., párr. 372.

interferir con sus opciones de política pública. Resaltaron también que el contenido del Preámbulo del Acuerdo respecto a la libertad que tienen los Miembros de adoptar su adecuado nivel de protección interpretación²⁹⁹. Por su parte otros autores como ANDENAS Y ZLEPTNING consideran que interpretación puede ser distinta, ya que la noción “objetivos legítimos” incorporada textualmente en el art. 2.2 implicaría que existen también objetivos ilegítimos y que puede considerarse excesivo otorgar a los Miembros de la OMC el poder de decisión absoluta sobre sobre la legitimidad de los objetivos perseguidos. Es necesario por tanto el posterior control de los órganos resolutorios de la OMC. Agregan que la cuestión de la “legitimidad de los objetivos” no debe ser discutida necesariamente junto con el “apropiado nivel de protección”. Se estima acertada esta última consideración, ya que a pesar de estar extramente interrelacionadas, la “legitimidad de los objetivos” y “el nivel de protección” son en esencia dos cuestiones diferentes. Los órganos resolutorios, conformidad con el art. 2.2 están facultados a establecer la legitimidad de los objetivos de los reglamentos técnicos, en los casos que dichos objetivos no se correspondan a uno de los señalados en esta disposición. Sin embargo, el derecho de los Miembros de decidir cuáles son los objetivos de política que desean perseguir as como así como los niveles en que desean perseguirlos sigue estando resguardado, tal como señaló también el GE en el asunto *CE – Sardinias*.

Así mismo, la determinación del objetivo legítimo de los reglamentos técnicos que han venido realizando el GE y el AO en los casos sometidos hasta la fecha, muestra que la tendencia es hacia un entendimiento amplió de “objetivo legítimo” en el contexto del art. 2.2 del Acuerdo OTC. Como señala MARCEAU, cabe recordar por ejemplo que el “desarrollo sostenible” es un objetivo legítimo de la OMC que puede subsumir varios objetivos más específicos³⁰⁰. En este sentido, las decisiones del OSD, en los casos que se decidió sobre el art. 2.2 del OTC determinaron que los objetivos de los reglamentos

²⁹⁹ *Vid.* NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea — Beef, EC — Asbestos and EC — Sardines", *op. cit.*, p. 226 ss. Señala que “Article 2.2 TBT should not equip WTO tribunals with the ability to a priori ruleout the legitimacy of measures, since this could interfere with domestic policy choices. In addition to such political considerations, recital 6 of the TBT-Preamble clearly establishes that WTO Members remain free to adopt their level of protection. If the level of protection remains a national domaine réservé, it is not evident that the decision which value is legitimate should be centralized at the WTO level”.

³⁰⁰ *Vid.* MARCEAU, G., "The new TBT jurisprudence in US - Clove Cigarettes, WTO US - Tuna II, and US - COOL", *op. cit.*, p. 16.

técnicos eran legítimos, otorgando deferencia a la formulación de los objetivos implementados por los Miembros³⁰¹.

La manera y el grado en que las medidas alcanzan un objetivo legítimo

Este aspecto de la evaluación se realiza teniendo en cuenta el nivel de protección elegido por el Miembro, en este sentido la frase “alcanzar un objetivo legítimo” del art. 2.2. del OTC se refiere al “grado de la contribución que un reglamento técnico hace al logro del objetivo legítimo” y no debe entenderse como el “logro completo” de algo, en este caso al objetivo. El concepto “objetivo” además lleva intrínseco que una meta o un fin es algo que se persigue y logra en mayor o menor grado³⁰² En el asunto *Estados Unidos – Atún II*, el OA concluyó que el GE debe intentar averiguar en qué grado el reglamento técnico impugnado, contribuye realmente al objetivo legítimo perseguido por el Miembro, si es que contribuye en grado alguno³⁰³, más que ocuparse de la cuestión de si las medidas alcanzan el objetivo completamente o satisfacen un nivel mínimo de cumplimiento de ese objetivo. Entonces la decisión del GE se enfocará en alcanzar como un concepto a tomar en consideración y no debe ser leído como un fallo categórico del grado mínimo de contribución requerida. Si la medida restrictiva no realiza alguna contribución al objetivo no será compatible con el art. 2.2, pero si la medida hace alguna contribución se habrá

³⁰¹ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, Doc. WT/DS231/AB/R, *cit.*, párr. 282. En este caso el OA revisó el alcance de los objetivos del art. 2.4 en el contexto del art. 2.2. *Vid.* también, ya específicamente en relación al art. 2.2 *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, en este caso el objetivo de la prohibición de cigarrillos de clavo de olor era reducir el consumo de cigarrillos en la juventud y es evidente que esta medida buscaba la protección de la salud humana; Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, Doc. WT/DS406/R, *cit.*, párr. 7.347. En el asunto *EEUU – Atún II*, el GE concluyó que los objetivos de información al consumidor y protección del delfín de las disposiciones sobre etiquetado *dolphin safe* estaban incluidos en la meta más amplia de prevenir prácticas que pudieran inducir a error, y de protección de la vida o la salud animal o el medio ambiente. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II*, comercialización y venta de atún y productos de atún, Doc. WT/DS381/R, *cit.*, párr. 7.436-7.437 y 7.441, 7.444. En el asunto *Estados Unidos – EPO*, el GE, confirmado luego por el OA, encontró que el objetivo del reglamento de EEUU era legítimo, a pesar que “proveer de información del consumidor en origen” no estaba especificado como uno de los objetivos del art. 2.2. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – EPO*, Doc. WT/DS384/R, WT/DS386/R *cit.*, 7.65; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párrs. 431-434, 453. *Vid.* también Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – EPO*, Doc. WT/DS384/R, WT/DS386/R *cit.*, párr. 7.65. En *CE – Productos derivados de las focas* el GE señaló que la protección de la “moral pública” está expresamente incluida como una excepción general al GATT y AGCS lo que, a su juicio, demostraba que “los Miembros de la OMC consideraron que este objetivo es particularmente significativo”. Asimismo tomó en cuenta el segundo párrafo del Preámbulo Acuerdo OTC, que indica que uno de sus objetivos es promover la realización de los objetivos del GATT. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*, párr. 7.418-7.419.

³⁰² *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 315.

³⁰³ *Ibid.*, párr. 317.

cumplido con este requisito y luego el GE y el OA continúan realizando el examen de la necesidad, valorado el grado de contribución junto con otros factores.

ii. La necesidad del reglamento técnico para cumplir con el objetivo legítimo

Mediante esta prueba se determina la necesidad de la medida, el OA aclaró el contenido de la prueba, explicando que se debe considerar en el análisis la relación de varios factores, tales como la verificación de que el reglamento técnico no sea más restrictivo al comercio de lo necesario para cumplir con el objetivo legítimo, la consideración del grado de contribución que hace la medida al objetivo legítimo, el riesgo de no cumplir con el objetivo, y como ha señalado la jurisprudencia en la mayoría de los casos se consideran también las posibles medida alternativas³⁰⁴.

El debate del análisis de la necesidad del art. 2.2 se había centrado hasta hace poco en el proceso de determinar si el reglamento técnico es más restrictivo de lo necesario y si la manera cómo se aborda este examen debería ser ña mismo que la del art. 5.6 del Acuerdo MSF, considerando que el contenido de las disposiciones es muy parecido³⁰⁵. Otro argumento para afirmar que el examen de la necesidad en los Acuerdos OTC y MSF debería ser igual o muy semejante es que el objetivo de evitar que se impongan obstáculos innecesarios al CI es uno de los objetivos claves del Acuerdo de OTC, y que este requisito es muy similar al de “least trade-restrictiveness” establecido en el Acuerdo MSF.

De esta forma la cuestión de verificar que el reglamento técnico no sea más restrictivo de lo necesario fue considerada inicialmente en el asunto *CE – Sardinias*, aunque sin mayor detalle sobre la estructura de la prueba³⁰⁶. Como se ha señalado, la interpretación realizada por el GE y el OA en recientes disputas, ha dado mayores luces sobre el contenido de la prueba de necesidad. En el asunto *EEUU – Atún II* se confirmó que para determinar si la medida restrictiva al comercio es “necesaria”, el GE debe realizar un “análisis relacional” en el cual se deben considerar varios factores, en particular los que se

³⁰⁴ *Ibid.*, párr. 318, 322; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párr. 374.

³⁰⁵ *Vid.* ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality and balancing in WTO law: a comparative perspective", *op. cit.*, p. 87. En tanto que en el marco del Acuerdo de MSF se había considerado que la medida será compatible con el art. 5.6 si “no hay una medida alternativa disponible, o si la medida alternativa no alcanza el apropiado nivel de protección o si esta medida no es significativamente menos restrictiva al comercio.

³⁰⁶ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE – Sardinias*, Doc. WT/DS231/R, *cit.*, párr. 4.7. El GE hizo referencia al Preámbulo e indicó que los Miembros no pueden crear obstáculos al comercio que sean innecesarios o que en su aplicación constituyan una discriminación arbitraria o injustificable o una restricción encubierta al CI.

han señalado arriba³⁰⁷. Este examen se elabora de manera semejante al enfoque de “sopesar y contrastar” desarrollado en el contexto del GATT y del AGCS, por lo que en este sentido se estaría realizando una interpretación armoniosa del OTC con el art. XX del GATT³⁰⁸. Se trataría a nuestro entender de una nueva versión de la prueba de equilibrio o “balancing test”.

Una medida se considerará necesaria, si una vez realizado el análisis relacional, se confirma que no está razonablemente disponible una medida alternativa menos restrictiva al CI, la cual contribuya por lo menos de manera equivalente al objetivo legítimo, tomando en cuenta los riesgos que el no cumplimiento del objetivo crearía.

Nos parece importante resaltar que el OA al definir la necesidad en el contexto del art. 2.2 ha señalado que “la evaluación de la "necesidad" entraña un análisis de la relación entre el grado en que el reglamento técnico restringe el comercio, el grado en que contribuye al logro de un objetivo legítimo y los riesgos que crearía no alcanzarlo”³⁰⁹. Esto significa nuevamente que el examen relacional que se aplica para verificar la necesidad no implica la aplicación una prueba de proporcionalidad en *strictu sensu*, ya que no se comparan los fines de política pública en relación a los objetivos comerciales de la medida, sino que es el contenido mismo de la medida el que está siendo valorado, considerando para ello diferentes factores.

Respecto de la carga de la prueba, el reclamante tiene que hacer primero una presunción *prima facie* presentando pruebas en el sentido que la medida impugnada es más restrictiva al comercio de lo necesario. También puede identificar las posibles medidas

³⁰⁷ Este análisis incluye a los siguientes elementos: el grado en que la medida contribuye al objetivo legítimo, el efecto restrictivo de la medida al CI, el riesgo de no cumplir el objetivo legítimo y adicionalmente en la mayoría de los casos la medida debe ser comparada con una medida alternativa razonablemente disponible. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 318.

³⁰⁸ *Vid.* MARCEAU, G. Y TRACHTMAN, J. P., "A map of the World Trade Organization law of domestic regulation of goods: The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade", *op. cit.* en p. 378; DELIMATISIS, P., "The Principle of Necessity in the WTO – Lessons for the GATS Negotiations On Domestic Regulation", *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series* Tilburg Law School 2013, p. 11. *Vid.* también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 318 nota al pie 643. Haciendo referencia a la jurisprudencia del GATT y del AGCS, *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 178 e Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 306-308.

³⁰⁹ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 318.

alternativas que sean igualmente efectivas para lograr el objetivo relevante. Entonces el demandado puede rebatir el caso *prima facie* del demandante³¹⁰.

A continuación se revisan los factores considerados en el “análisis relacional” aplicado a fin de determinar si el reglamento técnico restrictivo al comercio es “necesario”, a decir: el grado en que la medida contribuye al objetivo legítimo, el efecto restrictivo de la medida al CI, el riesgo de no alcanzar el objetivo legítimo, y la comparación con las posibles medidas alternativas razonablemente disponibles. El OA no ha aclarado si existe una jerarquía entre estos factores. A diferencia de la prueba de necesidad en las disposiciones bajo las excepciones generales del GATT y AGCS, los factores a ser valorados deben en su conjunto ser mayores que la restrictividad al CI que imponga el reglamento técnico³¹¹.

El grado de contribución real del reglamento técnico al logro del objetivo

Este factor se relaciona con la comprobación de si la medida en litigio es capaz de alcanzar el objetivo legítimo³¹². El grado de contribución es definido por el mismo Miembro articulándolo implícitamente o explícitamente” en la medida, de esta forma la propia medida pone de manifiesto la contribución³¹³. Como sucede en concreto en el contexto del artículo XX del GATT cuando se determina la contribución de una medida al logro de un objetivo, el GE debe evaluar la contribución efectiva de la medida en litigio al objetivo legítimo, es decir que se debe evaluar la real contribución, tal como el reglamento técnico fue redactado y aplicado³¹⁴.

³¹⁰ *Ibid.*, párr. 323; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párr. 379.

³¹¹ *Vid.* DELIMATIS, P., "The Principle of Necessity in the WTO – Lessons for the GATS Negotiations On Domestic Regulation", *op. cit.*, p. 11.

³¹² *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 317. Considerar lo explicado del término “alcanzar” en la determinación de los objetivos legítimos de la medida, explicado algunos párrafos más arriba.

³¹³ El OA señaló “a nuestro parecer, un Miembro de la OMC, al elaborar, adoptar y aplicar una medida para perseguir un objetivo legítimo, articula implícita o explícitamente el nivel al que trata de alcanzar ese objetivo legítimo en particular”. El grado de logro de un objetivo concreto se puede inferir del diseño, la estructura y el funcionamiento del reglamento técnico, así como de pruebas relativas a la aplicación de la medida. *Ibid.*, párr. 316-317; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párr. 373; Informe del Grupo Especial, *CE — Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*, párr. 7.441.

³¹⁴ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 318; Informe del Grupo Especial, *CE — Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*, párr. 7.441 ss.

El OA aclaró en el asunto *Estados Unidos – EPO* que el art. 2.2, a diferencia del art. XX del GATT, no requiere que una medida satisfaga algún grado específico de contribución al objetivo³¹⁵, tampoco tiene que “cumplir completamente los objetivos perseguidos”³¹⁶.

También requirió que debe existir una “*relación auténtica de fines a medios*” entre el objetivo perseguido y la medida de que se trate³¹⁷. En recientes disputas se ha evidenciado una tendencia del OA a interpretar el “grado de contribución” de la medida en litigio como suficiente, lo que puede interpretarse como un mayor deferencia a la soberanía regulatoria de los Miembros. Por ejemplo en el asunto *EEUU – Atún II* el OA revirtió la decisión del GE y encontró que la medida alternativa razonablemente disponible no contribuía a los objetivos de EEUU en el mismo grado que la medida en cuestión³¹⁸.

El OA también aclaró en el asunto *EEUU – Atún II* que para que la medida alcance el objetivo parcialmente, se ha de alcanzar el objetivo en “cierta medida” y si la medida ha contribuido en “cierta medida”, el demandado ha justificado el grado de contribución del reglamento técnico al logro del objetivo; por lo que el GE tenía justificación suficiente para continuar con la evaluación de la necesidad³¹⁹. Como confirmó el OA en el asunto *EEUU –*

³¹⁵ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párr. 468. Esta constatación está fundada en el preámbulo del Acuerdo OTC recital sexto, donde se señala que un Miembro está libre de establecer reglamentos técnicos “en los niveles que considere apropiado”, permitiendo a los Miembros de definir sus propios niveles de protección. *Vid.* también Informe del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*, párr. 7.635.

³¹⁶ Según MARCEAU, no está claro si esta constatación está en línea o si se aparta de la jurisprudencia del GATT art. XX en *Brasil – Neumáticos*, donde el OA concluyó que para justificar una prohibición de importación bajo el art. XX b), el GE debía estar convencido de que la medida conlleva una “contribución material” al logro de su objetivo. *Vid.* MARCEAU, G., “The new TBT jurisprudence in US - Clove Cigarettes, WTO US - Tuna II, and US - COOL”, *op. cit.*, p. 19. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 151.

³¹⁷ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 145. Esta decisión estaba relacionada con el art. XX b) del GATT. El GE y el OA consideraron esta decisión en EEUU – EPO, cuando evaluaron el requerimiento de “alcanzar”, bajo el TBT 2.2. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, p. 462. El OA enfatizó también la relación estrecha entre fines y medios en el asunto *EEUU – Camarones*, al examinar el requisito del “*relating to*” del art. XX g). *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, Doc. WT/DS58/AB/R, *cit.*, párr. 141.

³¹⁸ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 329-330.

³¹⁹ *Ibid.*, párr. 341. Señala: “Hemos declarado supra que la cuestión de si un reglamento técnico “alcanza” un objetivo atañe al grado en que el reglamento técnico contribuye al logro del objetivo legítimo. Por lo tanto, la evaluación de si la restricción del comercio causada por una medida es necesaria en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 se centra en el grado en el que la medida contribuye al objetivo que se persigue”. Se puede decir entonces que las disposiciones de los Estados Unidos sobre etiquetado “*dolphin safe*” entonces alcanzan sus objetivos en cierta medida y por lo tanto no es necesariamente incompatible con el art. 2.2 del OTC por este motivo.

*EPO*³²⁰, “el Órgano de Apelación [en el asunto EEUU – Atún II] no constató ni dio a entender que, para que una medida cumpla lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2, debe alcanzar algún umbral mínimo de logro. Más bien, la contribución que hace la medida impugnada al logro de su objetivo debe ser determinada de manera objetiva y evaluada después junto con los demás factores. El OA señaló también que el GE había interpretado de forma errónea el “grado de contribución” necesario que la medida debe tener para “alcanzar” un objetivo legítimo. En este caso el GE había considerado que las medidas de EEUU no alcanzaban los objetivos, cuando de hecho los alcanzaban parcialmente o en cierta medida³²¹. En este mismo sentido, en el asunto *CE – Productos derivados de las focas*, el GE constató “que el régimen de la UE para las focas puede contribuir y contribuye en cierta medida a su objetivo declarado de atender a las preocupaciones de moral pública”³²².

El grado en que reglamento técnico restringe al comercio internacional

La jurisprudencia del Acuerdo de OTC no ha interpretado aún el alcance exacto de “restrictivo al comercio” en relación al art. 2.2, sin embargo en recientes casos se definió la restrictividad al comercio en términos similares que “el trato menos favorable” de conformidad con el art. 2.1 del OTC y la jurisprudencia del GATT. El OA en el asunto *Estados Unidos – Atún II* ha señalado que “restricción” significa algo que tiene un efecto limitador “*as something that restricts someone or something, a limitation on action, a limiting condition or regulation*” y que en combinación con la palabra “comercio” significa algo que tiene “efecto limitador en el comercio”³²³.

³²⁰ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párr. 461, 468.

³²¹ *Ibid.*, párr. 466-479. El OA enfatizó también que la medida no necesita alcanzar el objetivo completamente o satisfacerlo en algún nivel mínimo. Dado que el GE terminó el análisis prematuramente sin considerar la necesidad de la medida, el OA no pudo completar su análisis y determinar si la medida EPO estuvo de conformidad con el art. 2.2. *Ibid.*, párr. 469.

³²² *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE — Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*, párr. 7.460.

³²³ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 319. El OA se basó en la jurisprudencia desarrollada en el contexto del art. XI párr. 2 a) del GATT, sobre el concepto de “prohibición”. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *China — Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas, (China — Materias primas)*, Doc. WT/DS394/AB/R, 30 de enero de 2012, párr. 319 (el Órgano de Apelación ha señalado que el término “prohibición” se define como “una prohibición legal impuesta al comercio o a la importación de un determinado producto”).

En el asunto *EEUU – EPO* el GE realizó un razonamiento parecido, también basado en la jurisprudencia del GATT, y determinó que la medida de EPO era restrictiva al comercio porque afectaba las condiciones de competencia de productos importados en el mercado de EEUU al imponer mayores costes para el ganado importado³²⁴. En el asunto *CE – Productos derivados de las focas*, el GE con el mismo fundamento consideró que el régimen de la UE para las focas, considerado en su totalidad, tiene un efecto limitado en el comercio al prohibir que determinados productos derivados de las focas, incluidos los importados del Canadá y Noruega, tengan acceso al mercado de la UE³²⁵.

En *Estados Unidos – Atún II* el OA también recordó que el art. 2.2 se ocupa de las restricciones al CI que exceden lo que es necesario para alcanzar el nivel de contribución que la reglamentación técnica hace al cumplimiento del objetivo legítimo, entonces se permite cierto grado de restrictividad. Recordó también que la existencia de un “obstáculo innecesario” al CI se debe establecer en base a la comparación de los factores mencionados, y en la mayoría de los casos esto incluye la comparación con la posible medida alternativa, la cual entre otros aspectos, debe ser “menos restrictiva al comercio que la medida en litigio”³²⁶.

³²⁴ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – EPO*, Doc. WT/DS384/R, WT/DS386/R *cit.*, párr. 7.574-7.575. “al imponer al ganado importado costos de segregación más altos”, la medida sobre el EPO afecta negativamente a las condiciones de competencia del ganado importado frente al ganado nacional en el mercado estadounidense. *Ibid.*, párr. 7.572. El OA no confirmó ni contradujo esta interpretación de “efecto restrictivo al comercio”, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párr. 447... 375.

³²⁵ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*, párr. 7.427. Cabe recordar que el OA revocó la constatación del GE que el régimen de la UE para las focas es un “reglamento técnico” (Anexo 1, párr del Acuerdo OTC) y por ende declaró superfluas y carentes de efectos jurídicos las conclusiones del GE en relación art. 2.2. del OTC entre otras. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, *cit.*, párr. 5.58-5.59, 5.70.

³²⁶ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 318-320. De forma similar, el OA ha declarado que para examinar la “necesidad” en el contexto del art. XX del GATT se debería efectuar una comparación de la medida en litigio y otras medidas alternativas menos restrictivas al comercio, *Vid.* por ejemplo Informe del Organo de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 166. Ver también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párr. 375. Recuerda también que la referencia a “obstáculos innecesarios” implica que está permitido “cierto” grado de restricción del comercio y, asimismo, que lo que de hecho está prohibido son las restricciones al CI que “van más allá de lo necesario para alcanzar el grado de contribución de un reglamento técnico al logro de un objetivo legítimo”.

El riesgo de no alcanzar el objetivo legítimo

En la valoración de la restrictividad de la medida del art. 2.2 del acuerdo OTC también se considera que los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta “los riesgos que crearía no alcanzarlo”. Esta especificidad del requisito fue considerado inicialmente en el asunto *CE – Sardinias*³²⁷, posteriormente el OA en el asunto *EEUU – Atún II* aclaró que la obligación de considerar los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo da a entender que la comparación entre la medida impugnada y una posible medida alternativa debería realizarse “atendiendo a la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que se derivarían en caso de no alcanzar el objetivo legítimo”³²⁸. Al evaluar tales riesgos el art. 2.2 estipula que el GE debería considerar entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos³²⁹.

El GE en *EEUU – Atún II* constató también que “un medio alternativo para alcanzar el objetivo, pero que entrañe mayores “riesgos de no alcanzarlo” no sería una alternativa válida, incluso si restringiera menos el comercio”³³⁰. Esto es consistente con el hecho de que los Miembros deciden su propio nivel de protección. Esto es compatible, en nuestra opinión con el hecho de que, como señala el preámbulo y como se explicó anteriormente, cada Miembro tiene derecho a definir su propio nivel de protección. En el asunto *EEUU – EPO* el GE no se pronunció sobre los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo perseguido mediante la medida de EPO, sin embargo el OA constató que el hecho de que la mayoría de los consumidores no estuvieran dispuestos a pagar para “recibir información sobre el origen... con respecto a los productos cárnicos que compran”, indicaba que la

³²⁷ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, Doc. WT/DS231/AB/R, *cit.*, párr. 5.15.

³²⁸ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 321. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párr. 377; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, *cit.*, párr. 7.464.

³²⁹ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 321. Ver también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 30.

³³⁰ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II*, comercialización y venta de atún y productos de atún, Doc. WT/DS381/R, *cit.*, párr. 7.467.

obtención de esta información no constituía una prioridad para ellos, lo que parece indicar también que los riesgos de no cumplimiento no eran “particularmente graves”³³¹.

Según DELIMATSI en el examen de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo estaría implícita la valoración de la importancia relativa de los objetivos legítimos. Apunta que esta consideración también se desprende de la declaración del OA en *EEUU – EPO* al señalar que “el objetivo pertinente es la pauta de referencia con respecto a la cual un grupo especial debe evaluar el grado en que contribuye al logro del objetivo un reglamento técnico impugnado y otras medidas alternativas”³³². Lo cual, a nuestro entender, significaría que el elemento del “riesgo de no alcanzar el objetivo legítimo” sería muy similar al tercer factor considerado en el proceso de sopesar y contrastar de la prueba de necesidad en el marco de las excepciones del GATT y del AGCS, es decir el análisis de los intereses y valores en juego³³³.

Una parte de la doctrina ha interpretado que este requisito es en sí mismo una prueba de sopesar y contrastar o “balancing test”, semejante al proceso adoptado en el marco el GATT en los asuntos *Corea – Carne vacuna*, respecto del art. XX d) y *CE – Amianto* respecto del art. XX b). Sin embargo, su posición se acerca más a considerar este requisito como una prueba de proporcionalidad en *sensu stricto*³³⁴, en la cual se valoraría el objetivo deseado comparándolo con la restricción creada. En este sentido el GE determinaría si los costos de la medida (son los efectos negativos en el CI) son excesivos o desproporcionados en relación al riesgo de no cumplir con el objetivo perseguido. Según ANDENAS esto implicaría que una medida podría ser desproporcionada o no necesaria a pesar que ésta sea la medida menos restrictiva al comercio³³⁵.

Se considera que esta última posibilidad ha quedado descartada con la reciente jurisprudencia, ya que “los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo” constituyen

³³¹ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párr. 478. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/R, WT/DS386/R *cit.*, párr. 7.354 y nota 498 al mismo.

³³² Vid. DELIMATSI, P., "The Principle of Necessity in the WTO – Lessons for the GATS Negotiations On Domestic Regulation", *op. cit.*, p. 11.

³³³ Vid. el análisis realizado en el apartado. sobre la prueba de necesidad.

³³⁴ Vid. HUDEC, R. E., "GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test", *The International Lawyer*, vol. 32, no. 3, 1998, pp. 619-649, p. 623. Bajo esta interpretación se estaría imponiendo un requisito adicional al Miembro demandado, que sería demostrar que la medida es “proporcional”, el riesgo que generaría la medida menos restrictiva al comercio se tendría que contrastar con el grado en que la medida es menos restrictiva al comercio. Vid. DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 459.

³³⁵ ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", *op. cit.*.

solamente uno de los varios elementos a considerar dentro de la prueba de necesidad del art. 2.2 del Acuerdo OTC. El cual debe ser valorado junto con los otros factores y en relación a la posible medida alternativa, a fin de determinar si el reglamento técnico en litigio es necesario o si existe una alternativa menos restrictiva al comercio. No se valoran los riesgos de no alcanzar el objetivo de la medida en relación al interés de política pública. Según ORTINO, esto puede en la práctica hacer que el requisito de la necesidad sea menos rígido o “more relaxed”, ya que este requisito es uno de los incluidos expresamente para determinar la necesidad, lo que no es el caso por ejemplo del requisito del efecto negativo en el CI o el riesgo de no cumplir con un objetivo de política pública específica³³⁶.

Si bien este planteamiento no ha sido aclarado totalmente por el OA, parece poco probable que la intención de los Miembros al establecer el art. 2.2 del Acuerdo de OTC haya sido crear una prueba de tal magnitud, que conlleve valorar y comparar intereses contrapuestos. El alcance de este requisito conlleva considerar las implicancias que tendría no lograr el objetivo legítimo que se busca con el reglamento técnico, en caso que dicho reglamento se modifique o retire para no restringir al CI más de lo necesario. Más aún, si se considera nuevamente el preámbulo del Acuerdo OTC, del cual se desprende que el Acuerdo respeta la capacidad de los Miembros de determinar su apropiado nivel de protección, de la salud humana, medioambiental y de los consumidores.

El requisito que se ha analizado constituiría en todo caso parte del segundo nivel de la prueba de proporcionalidad, sin que pueda ser equiparado a una prueba de proporcionalidad en *strictu sensu*³³⁷, ya que el proceso de sopesar y confrontar se realiza para determinar si la medida es necesaria o constituye la “alternativa menos restrictiva”³³⁸. Se considera acertado que se podría desprender de este elemento que los órganos resolutorios de la OMC tendrían un mayor margen de discrecionalidad en la determinación de la necesidad de la medida³³⁹. Los criterios para aplicar la prueba de necesidad, y en particular el proceso de sopesar y confrontar en el Acuerdo OTC, parecen tener un

³³⁶ ORTINO, F., "From 'Non-Discrimination' to 'Reasonableness': A Paradigm Shift in International Economic Law?", *op. cit.*, p. 45; ORTINO, F., "From 'Non-Discrimination' to 'Reasonableness': A Paradigm Shift in International Economic Law?", en WOELK, J. (ed.), *Globalization, Technologies and Legal Revolution*, Bolzano, Nomos Verlagsgesellschaft, 2012, pp. 13-60.

³³⁷ Ver sobre los niveles de la prueba de proporcionalidad en sentido amplio, el primer apartado de este capítulo, p. 108 ss. *Vid.* VAN DEN BOSSCHE, P., "Looking for Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 285.

³³⁸ *Vid.* JANS, J. H., "Proportionality Revisited", *op. cit.*, p. 240.

³³⁹ *Vid.* DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 459.

contenido más amplio que en el Acuerdo MSF que se revisará a continuación, ya que como se ha analizado, el art. 2.2 incluye criterios tales como la legitimidad de los objetivos perseguidos y el riesgo de no cumplir con los objetivos legítimos de la medida.

Comparación con las medidas alternativas disponibles

En OA confirmó también que en la mayoría de las ocasiones debe realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas³⁴⁰. En efecto, es el segundo paso del proceso secuencial para verificar el cumplimiento del art. 2.2 del Acuerdo OTC³⁴¹, mediante el cual se confirma el resultado del análisis de los factores arriba señalados.

La alternativa debe estar razonablemente disponible, es decir, estar al alcance del Miembro que lo implementa, debe ser menos restrictiva al CI y debe hacer una contribución equivalente al objetivo legítimo relevante, tomando en consideración el riesgo de no cumplimiento³⁴².

Al valorar las medidas alternativas bajo el art. 2.2, además de considerar los otros requisitos, el OSD parece poner un fuerte énfasis en determinar si las medidas estarían razonablemente disponibles tanto técnicamente como económicamente³⁴³. Además podría señalarse que los Miembros también prestan mucha atención a este requisito de la medida alternativa, por ejemplo en el reciente asunto *CE – Productos derivados de las focas* éste fue el único elemento apelado respecto a la comparación de las medidas alternativas³⁴⁴.

³⁴⁰ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 322. Véase también el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párr. 374.

³⁴¹ Vid. DELIMATIS, P., "The Principle of Necessity in the WTO – Lessons for the GATS Negotiations On Domestic Regulation", *op. cit.*, p. 11.

³⁴² Estos requisitos se corresponden con la jurisprudencia del GATT y del AGCS, sobre el concepto "razonablemente al alcance". Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 166. Respecto a que "debe ser menos restrictiva al CI y debe hacer una contribución equivalente al objetivo legítimo" Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 156 (donde se cita el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 308).

³⁴³ Vid. MARCEAU, G., "The new TBT jurisprudence in US - Clove Cigarettes, WTO US - Tuna II, and US - COOL", *op. cit.*, p. 21.

³⁴⁴ Canadá y Noruega solicitaron en sus respectivas apelaciones que se revoque la constatación del GE de que la medida alternativa propuesta no está razonablemente al alcance. No se impugnaron las otras constataciones relacionadas con las medidas alternativas, esto es que era menos restrictiva al CI y que hacía una contribución equivalente al objetivo legítimo relevante. Vid. Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párr. 299; y Comunicación del apelante presentada por Noruega, párr. 580.

En el asunto *CE – Productos derivados de las focas*, el GE consideró, haciendo referencia a la jurisprudencia del GATT y del AGCS, que una medida alternativa “no está razonablemente al alcance” cuando es simplemente de naturaleza teórica, por ejemplo cuando el Miembro demandado no puede adoptarla, o cuando la medida impone una carga indebida a ese Miembro, como costos prohibitivos o dificultades técnicas importantes³⁴⁵. Por ende, realizó un análisis de la viabilidad de la medida y señaló respecto a las medidas alternativas “que los sistemas de certificación de mayor especificidad y rigor requerirían de un mayor gasto e impondrían dificultades en cuanto a su aplicación en la práctica” y que “no están diseñados para tener en cuenta las *consecuencias* efectivas para el bienestar de las focas...” y por ende están menos razonablemente al alcance del Miembro³⁴⁶.

Cabe indicar que la prueba de necesidad puede darse por concluida luego de “análisis relacional” de los factores antes mencionados, sin que se tenga que pasar a valorar comparativamente las medidas alternativas. Esto se da en el caso que el GE encuentre que no se ha cumplido con uno de los factores, por ejemplo que la reglamentación técnica no sea restrictiva a comercio o no haga ninguna contribución al objetivo legítimo³⁴⁷. Finalmente, tomando como referencia las disputas realizadas hasta la fecha, se tiene que para que el OA resuelva si la medida es o no es necesaria, se requirió la existencia de una medida alternativa con la que el órgano resolutorio pudiera realizar la comparación³⁴⁸. Por ejemplo en la disputa *EEUU – Atún II* el OA revocó el fallo del GE y señaló que la medida alternativa presentada por México no contribuía a los objetivos legítimos de EEUU en el mismo grado, dado que el reglamento alternativo podría conllevar mayores mortalidades de delfines. El OA no intentó de encontrar otras la alternativas posibles, dado que ninguna

³⁴⁵ Vid. Informe del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*, párr. 7.493. Conviene mencionar que la medida alternativa propuesta en este caso consistió en que el acceso a los mercados para los productos derivados de las focas se supeditaría al cumplimiento de normas sobre el bienestar de los animales y a prescripciones en materia de certificación y etiquetado. *Ibid.*, párr. 7.468. Ver también el Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 156 (donde se cita el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 308).

³⁴⁶ Vid. Informe del Grupo Especial, *CE – Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*, párr. 7.499- 7.504. Dicho análisis fue confirmado por el OA al realizar la valoración del art. XX a) del GATT, Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, *cit.*, párr. 5.274 -5.279.

³⁴⁷ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 322 nota 647.

³⁴⁸ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, Doc. WT/DS406/AB/R, *cit.*, párr. 234; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 298-299 y 329-331; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párr. 350 y 468.

había sido sugerida por las partes³⁴⁹ y en la reciente disputa *CE –Productos derivados de las focas*, el GE constató, sin embargo, respecto del régimen de la UE para las focas, que no se demostró que una medida alternativa hiciera una contribución al logro del objetivo equivalente o superior, por lo que no infringe el art. 2.2 del OTC³⁵⁰.

b. La prueba de necesidad y el Acuerdo de MSF

El art. 5.6 del Acuerdo de MSF establece que las medidas sanitarias o fitosanitarias que establezcan o mantengan los Miembros no entrañarán un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica.

Adicionalmente la nota al pie 3 de esta disposición señala que “una medida entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido “cuando exista otra medida, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y sea significativamente menos restrictiva del comercio”.

El art. 5.6 establece también una prueba de necesidad, si bien dicha prueba no se menciona expresamente, su existencia se deriva claramente del contexto del art. 2.2 del Acuerdo MSF³⁵¹, y en este mismo sentido se pronunció el OA en el asunto *Australia – Manzanas*³⁵². En particular, el requisito de que exista otra medida “razonablemente disponible”, que se impone en la nota al pie 3, constituye la esencia de la prueba de necesidad. Se puede decir que el contenido de la prueba resume lo desarrollado en la jurisprudencia de las excepciones generales GATT. Lo que se ha añadido en este examen es esencialmente un requisito *de minimis* que debe cumplir la medida alternativa, este

³⁴⁹ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 330.

³⁵⁰ Vid. Informe del Grupo Especial, *CE — Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*

³⁵¹ El art. 2.2. dispone en la parte correspondiente: “Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales...”.

³⁵² Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelanda*, (*Australia — Manzanas*), Doc. WT/DS367/AB/R, 29 de noviembre de 2010, párr. 339, 363.

requisito establece que la medida debe ser “significativamente” menos restrictiva al CI³⁵³. También en el Acuerdo MSF está claramente definido que el nivel de protección escogido por el Miembro no puede ser cuestionado de ninguna manera por los órganos resolutorios³⁵⁴. Por lo que esta investigación hace eco del planteamiento de MITCHELL Y HENCKELS en que el MSF otorga en general mayor autonomía regulatoria a los Miembros³⁵⁵. DELIMATSIIS señala por su parte que el Acuerdo MSF es el único que incluye una definición que puede ser considerada como una guía de los elementos usados para valorar que una medida sea “más restrictiva de lo necesario”³⁵⁶.

Respecto de la carga de la prueba para determinar la necesidad de la medida en el art. 5.6, el OA confirmó en el asunto *Japón – Productos agrícolas*³⁵⁷ que corresponde al demandante establecer el caso *prima facie*, señalando que se ha violado dicha disposición, que hay una medida alternativa específica técnica y económicamente posible la cual está razonablemente disponible y finalmente que esta alternativa es significativamente menos restrictiva. Esta decisión puede tener implicaciones en la carga de la prueba de la necesidad en el art. VI:4 del AGCS, tal como se da en otras obligaciones del Acuerdo OTC³⁵⁸. En el caso que no se establezca un caso *prima facie* por inconsistencias basadas en reclamaciones específicas alegadas por la parte reclamante, el GE no puede continuar con el proceso³⁵⁹.

El OA ha interpretado que se configura la presunción rebatible que una medida MSF es compatible con el Acuerdo MSF y es considerada necesaria para proteger la salud y la vida de humanos, animales y preservar la vida vegetal, si se establece que esta medida está

³⁵³ Vid. TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", *op. cit.*, p. 65.

³⁵⁴ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Salmón*, Doc. WT/DS18/AB/R, *cit.*, párr. 194.

³⁵⁵ Vid. MITCHELL, A. D. Y HENCKELS, C., "Variations on a Theme: Comparing the Concept of Necessity in International Investment Law and WTO Law", *op. cit.*, p. 139; KAPTERIAN, G., "A Critique of the WTO Jurisprudence on 'Necessity'", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, no. 01, 2010, pp. 89-127,

³⁵⁶ Vid. DELIMATSIIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 228.

³⁵⁷ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Japón — Medidas que afectan a los productos agrícolas*, (Japón — Productos agrícolas II), Doc. WT/DS76/AB/R, 22 de febrero de 1999, párr. 126; DELIMATSIIS, P., "Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come", *op. cit.*, p. 381.

³⁵⁸ Respecto de la carga de la prueba del art. 2.2 del Acuerdo OTC ver el apartado sobre la necesidad de la medida de reglamentación nacional en el OTC de esta investigación. Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 323.

³⁵⁹ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Japón — Productos agrícolas II*, Doc. WT/DS76/AB/R, *cit.*, párr. 129.

en conformidad con una norma técnica internacional³⁶⁰. El OA aclaró también que estar “en conformidad con” no significa lo mismo que estar “basada en”³⁶¹. Sin embargo, un Miembro puede decidir de no poner una determinada medida en conformidad con una norma técnica internacional, sin que esto implique que se le imponga una carga de la prueba especial o generalizada³⁶². La posible inconsistencia con la disposición del Acuerdo MSF debe ser probada por el reclamante mediante el caso *prima facie* normal. De esta forma, se aclararon las especificidades de la carga de la prueba en los casos que exista conformidad con una norma técnica internacional. Cabe señalar que para que el Miembro se beneficie de esta presunción, la medida MSF debe incorporar la norma internacional en su totalidad y, a efectos prácticos, la convierte en una norma interna³⁶³.

- i. La necesidad de la medida sanitaria y fitosanitaria: requisitos de la medida alternativa

En el asunto *Australia – Salmón*³⁶⁴ el OA aclaró que la prueba de necesidad del art. 5.6 está constituida por tres elementos, los cuales se aplican de forma acumulativa para que se establezca la vulneración de esta disposición. Estos son: 1. que exista una MSF alternativa, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica; 2. que con dicha medida se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro; y 3. que la medida sea significativamente menos restrictiva del

³⁶⁰ Esta interpretación se realizó en relación al art. 3.2 del Acuerdo MSF. El cual dispone que en virtud del artículo 3.2 “Se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo y del GATT de 1994”. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, (CE — Hormonas (Canadá)), Doc. WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 de enero de 1998, párr. 170.

³⁶¹ *Ibid.*, párr. 166.

³⁶² *Ibid.*, párr. 102.

³⁶³ *Ibid.*, párr. 170. Para un análisis de Acuerdo de MSF *Vid.* CONDON, B. J., "ACUERDO SOBRE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS", ITAM, MEXICO DC, 2013.

³⁶⁴ En el asunto *Australia – Salmón* se discutía si la prohibición de Australia para la importación de salmón, fresco, refrigerado o congelado, era más restrictiva al comercio de lo que se requería para alcanzar el apropiado nivel de protección de Australia. El GE constató que Australia había actuado de manera incompatible con el art. 5.6, habida cuenta de la viabilidad técnica y económica de la adopción de medidas alternativas, Australia podía recurrir a otras medidas menos restrictivas del comercio, que ofrecerían el nivel adecuado de protección, y que esas medidas alternativas (es decir, la exigencia de un «empaquetado especial») como alternativa al requisito de «preparación para el consumo») darían lugar a que se importara una cantidad significativamente mayor de salmón en el mercado australiano. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Australia — Medidas que Afectan a la Importación de Salmón, (Australia — Salmón)*, Doc. WT/DS18/R, 12 de junio de 1998.

comercio que la MSF impugnada³⁶⁵. El reclamante debe demostrar que existe una medida alternativa que cumple acumulativamente con las tres condiciones, en caso de no existir dicha medida alternativa, la medida en litigio será compatible con el art. 5.6 del Acuerdo³⁶⁶.

En relación al orden en el que deben analizarse estos tres elementos del art. 5.6, el GE en el reciente asunto *India – Productos agropecuarios*³⁶⁷ ha señalado que los órganos resolutorios no se han pronunciado de forma definitiva al respecto³⁶⁸. Asimismo, en esta disputa el GE determinó que previo al análisis de los elementos de la necesidad debe establecerse si el reclamante ha identificado la o las medidas alternativas con claridad³⁶⁹.

Tal como se verá de la interpretación realizada por el GE y el OA sobre las condiciones de la medida alternativa, el examen del art. 5.6 contiene también un análisis relacional de varios factores, análogo al desarrollado en el marco del GATT, y similar al desarrollado en las disputas *Corea – Carne vacuna* y *CE – Amianto*. Sin embargo, del Acuerdo MSF se desprende que la prueba de necesidad no parece llamar a una valoración sobre el modo en que la medida contribuye al fin³⁷⁰.

³⁶⁵ El examen valorando estos tres elementos fue aplicado en el asunto *Australia – Salmón* y en las subsiguientes disputas. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Salmón*, Doc. WT/DS18/AB/R, *cit.*, párr. 194; también Informe del Órgano de Apelación, *Japón — Productos agrícolas II*, Doc. WT/DS76/AB/R, *cit.*, párr. 95; Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Manzanas*, Doc. WT/DS367/AB/R, *cit.*, párr. 368. Lo que también se aplicó en el reciente Informe del Grupo Especial, *India — Medidas relativas a la importación de determinados productos agropecuarios (India — Productos agropecuarios)*, Doc. WT/DS430/R, 14 de octubre de 2014, párr. 7-521, 7.522.

³⁶⁶ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Salmón*, Doc. WT/DS18/AB/R, *cit.*, párr. 194.

³⁶⁷ En esta disputa se debía resolver si las medidas de la India sobre la influenza aviar eran incompatibles con el art. 5.6 y 2.2 del Acuerdo MSF porque entrañan un grado de restricción del comercio significativamente mayor del requerido para lograr el nivel adecuado de protección de la India. Tomando como referencia los productos abarcados por el capítulo 10.4 del Código Terrestre de la OIE. El GE resolvió que por lo que respecta a los productos comprendidos en el Capítulo 10.4 del Código Terrestre, las medidas de la India relativas a la IA son incompatibles con las disposiciones antes señaladas. En relación al art. 5.6 constató que los EEUU identificaron las medidas basadas en el Código Terrestre como una alternativa razonablemente disponible a las medidas de la India relativas a la IA: que la alternativa era técnica y económicamente viable, lograría el nivel adecuado de protección de la India, y entraña un grado de restricción del comercio significativamente menor que las medidas de la India. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *India — Productos agropecuarios*, Doc. WT/DS430/R, *cit.*, párr. 7.597.

³⁶⁸ *Ibid.*, párr. 7.522. El OA agregó que el orden del análisis no repercutiría en el resultado y por ende a falta de razones imperativas en contrario, (en sentido opuesto a lo solicitado por las partes) decidieron analizar los elementos enunciados en el art. 6.5 en el orden en que han sido descritos por el Órgano de Apelación en *Australia - Salmón*. *Ibid.*, párr. 7.524.

³⁶⁹ *Ibid.*, párr. 7.525-7.534.

³⁷⁰ *Vid.* MARCEAU, G. Y TRACHTMAN, J. P., "A map of the World Trade Organization law of domestic regulation of goods: The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade", *op. cit.*, p. 410.

Nuevamente, y se puede decir que tal vez con mayor claridad en este caso, el análisis relacional de la prueba de necesidad del art. 5.6 se realiza solamente para determinar que la medida alternativa es menos restrictiva que la medida en litigio³⁷¹, sin entrar a valorar el legítimo interés protegido. El nivel adecuado protección sanitaria o fitosanitaria no se cuestiona y la menor restrictividad de la medida alternativa razonablemente disponible debe ser “significante” para que pueda dejar de ser necesaria, o en otras palabras, que su grado de restricción del comercio sea mayor del requerido. Por lo tanto, no se está aplicando una prueba de proporcionalidad en *strictu sensu*, ya que no se comparan los fines de política pública en relación a los objetivos de la medida, sino únicamente el grado de restrictividad al comercio entre las medidas.

A continuación se explican los requisitos contenidos en la prueba de necesidad del art. 5.6.

La medida alternativa debe estar razonable disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica

En cuanto a este primer elemento en el asunto *Australia – Salmón* se observó que existía una medida alternativa razonablemente disponible, ya que Australia reconocía que las cuatro opciones presentadas “merecen tenerse en cuenta” como “opciones de política general técnica y económicamente viables”³⁷². En el asunto *Australia – Manzanas e India – Productos agropecuarios* el GE concluyó que “al considerar si una medida alternativa está razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, [el juzgador debe] determinar si dicha medida constituiría una opción razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica en el “mundo real”³⁷³. En estas disputas se concluyó que las medidas alternativas eran técnica y económicamente viables, y constituían alternativas razonablemente disponibles. Se ha mostrado la

³⁷¹ El OA en *Australia — Manzanas*, indicó que en la condición que “la medida alternativa sea significativamente menos restrictiva al comercio que la medida en litigio” es donde la prueba de “balance” se realiza. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Manzanas*, Doc. WT/DS367/AB/R, *cit.*, párr. 337.

³⁷² *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Salmón*, Doc. WT/DS18/AB/R, *cit.*, párr. 183.

³⁷³ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Australia — Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelanda*, (Australia — Manzanas), Doc. WT/DS367/R, 9 de agosto de 2010, párr. 7.1334. En esta disputa el GE se basó en lo resuelto en el informe de cumplimiento del asunto *Japón - Manzanas respecto del art. 5.6 del Acuerdo MSF*. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Japón — Medidas que afectan a la importación de manzanas - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, (Japón — Manzanas), Doc. WT/DS245/RW, 23 de junio de 2005, párr. 8.17. En este mismo sentido resolvió el GE en el asunto *India — Productos agropecuarios*, *Vid.* Informe del Grupo Especial, *India — Productos agropecuarios*, Doc. WT/DS430/R, *cit.*, párr. 7.546.

preocupación en que esta disposición anime al GE a ocuparse de cuestiones relacionadas con la distribución de recursos públicos y la estructura de la administración regulatoria de un Miembro³⁷⁴. Sin embargo, tomando en consideración la aplicación de la disposición hasta la fecha, se observa que este requisito se ha usado más bien para valorar la real viabilidad de las alternativas considerando la heterogeneidad y diferentes circunstancias de los Miembros³⁷⁵, por lo que a pesar de la limitada jurisprudencia parece que este requisito de la disponibilidad de la medida alternativa no supondría una intrusión en la capacidad regulatoria de los Miembros.

La medida alternativa debe conseguir el nivel adecuado de protección

En relación a que la medida alternativa consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro³⁷⁶, éste constituye el requisito de “efectividad” de la medida para contribuir al objetivo relevante, de conformidad con el análisis de la necesidad en las excepciones generales del GATT³⁷⁷.

La idea preliminar en la valoración de este requisito es la diferencia existente entre el “nivel de protección” y la “medida”, lo que resaltó el OA en el asunto *Australia – Salmón*, en tanto que el primero constituye un *objetivo*, y la segunda un *instrumento* elegido para conseguirlo³⁷⁸. En este sentido, el OA criticó que el GE hubiera confundido en su razonamiento a la medida MFS con el apropiado nivel de protección escogido por Australia.

³⁷⁴ Vid. BUTTON, C., *The Power to Protect Trade, Health and Uncertainty in the WTO*, *op. cit.*, p. 71.

³⁷⁵ En este sentido similar se pronunció KAPTERIAN, la reciente jurisprudencia apuntaría también hacia esta perspectiva. Vid. KAPTERIAN, G., "A Critique of the WTO Jurisprudence on 'Necessity'", *op. cit.*, p. 115. Sin embargo, KAPTERIAN defiende que esta tendencia del reconocimiento de la heterogeneidad se ha manifestado también en el marco del GATT tomando como referencia el marco del Acuerdo MSF, y en particular en las disputas *Brasil – Neumáticos* y *EEUU – Juegos de Azar*. Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 156; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 308.

³⁷⁶ Cabe recordar que la definición del "nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria" según el Anexo A del Acuerdo MSF, párr. 5 es: Nivel de protección que estime adecuado el Miembro que establezca la medida sanitaria o fitosanitaria para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales en su territorio. NOTA: muchos Miembros se refieren a este concepto utilizando la expresión "nivel de riesgo aceptable".

³⁷⁷ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, Doc. WT/DS332/AB/R, *cit.*, párr. 168. Vid. el análisis de la prueba de necesidad del art. XX del GATT de esta investigación, en particular la tercera fase de la orientación jurisprudencial, p. 129.

³⁷⁸ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, Doc. WT/DS18/AB/R, *cit.*, párr. 200-201.

La prueba de necesidad en esta parte se centra entonces en determinar si la medida elegida es más restrictiva de lo necesario para cumplir esa política o ese objetivo legítimo³⁷⁹.

El OA también reafirmó que la determinación del “nivel adecuado de protección” es facultad exclusiva del Miembro³⁸⁰ y recordó que éste puede determinar que su nivel adecuado de protección sea de “riesgo cero”³⁸¹. Por lo que el art. 5.6 “it declines to discipline the extent to which the measure maintains its ability to meet the appropriate level of protection; that is, it does not require any reductions in protection, no matter how costly in trade terms”³⁸². Esto es que no requiere ninguna reducción en la protección, sin importar cuál sea el costo en términos de comercio.

Por su parte, los Miembros deben determinar claramente cuál es su nivel adecuado de protección, esta obligación no explícita está implícita en varias disposiciones del Acuerdo MSF³⁸³, si el Miembro importador no tuviera esta obligación resultaría imposible examinar si con otras MSF se podría conseguir el nivel adecuado de protección. Dicha obligación no alcanza a que se determine en términos cuantitativos el nivel de protección, pero el OA ha señalado también que no puede determinarse en términos tan ambiguos o equívocos que la aplicación del art. 5.6 resulte imposible³⁸⁴.

En caso que un Miembro no haya determinado su nivel adecuado de protección, o lo haya hecho con insuficiente precisión, el GE puede establecerlo, tomando como base el nivel de protección que refleja la MSF efectivamente aplicada, a fin de evitar que se eludan responsabilidades tales como la del art. 5.6³⁸⁵. DELIMATSIS explica que al examinar de la

³⁷⁹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Las Pruebas de Necesidad en la OMC*, Doc. Doc. S/WPDR/W/27, 2003, cit., pp. 7-8.

³⁸⁰ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Salmón*, Doc. WT/DS18/AB/R, cit., párr. 199. El OA crítico al GE por confundir la medida SFS con el apropiado nivel de protección buscada por el Miembro regulado. Vid. también Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Determinadas medidas que afectan a las importaciones de aves de corral procedentes de China*, (Estados Unidos — Aves de corral (China)), Doc. WT/DS392/R, 29 de septiembre de 2010, párr. 7.333. Afirmó categóricamente que el nivel adecuado es prerrogativa del Miembro que mantiene la medida, y que la medida alternativa debe alcanzar ese nivel adecuado de protección. Ver también Anexo A del Acuerdo MSF, párr. 5.

³⁸¹ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Salmón*, Doc. WT/DS18/AB/R, cit., párr. 125. Recordando lo señalado en el informe *Comunidades Europeas — Hormonas*.

³⁸² Vid. MARCEAU, G. Y TRACHTMAN, J. P., "A map of the World Trade Organization law of domestic regulation of goods: The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade", *op. cit.*, p. 381.

³⁸³ En particular, Anexo B, párr. 3, el art. 4.1, 5.4 y 5.6 del Acuerdo MSF.

³⁸⁴ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Salmón*, Doc. WT/DS18/AB/R, cit., párrs. 205 y 206.

³⁸⁵ *Ibid.*, párr. 207.

determinación del nivel adecuado de protección de los Miembros, el GE y el OA identificarán el objetivo subyacente detrás de la medida impugnada y luego examinarán si el nivel actual de protección, tal como se refleja en la medida, se corresponde con el nivel de protección que el Miembro demandado considera apropiada³⁸⁶.

Cabe señalar que el Acuerdo MFS en el art. 5.6 también exhorta a los Miembros que en el momento de determinar su apropiado nivel de protección SFS, tomen en cuenta el objetivo de minimizar el efecto negativo al comercio³⁸⁷. Este llamamiento no es obligatorio y no forma parte explícita de la obligación del art. 5.6, sin embargo, este requerimiento podría considerarse similar, aunque menos riguroso, al tercer elemento del enfoque de la necesidad desarrollado en el asunto *Corea – Carne vacuna*³⁸⁸.

Sin embargo, otra parte de la doctrina ha comentado que este razonamiento de determinación del nivel apropiado de protección parece haberse dado en la jurisprudencia del GATT en el análisis desarrollado en el asunto *CE – Amianto*, lo que se contradice con la perspectiva sobre el nivel de protección desarrollada en los Asuntos *Corea – Carne vacuna* y *Tailandia – Cigarrillos*³⁸⁹.

La medida alternativa debe ser sea significativamente menos restrictiva del comercio

Respecto del requisito que la medida alternativa sea “menos restrictiva del comercio” que la medida impugnada se desprende la prueba de contraste o “balance”, esta comparación se realiza entre la medida alternativa y la medida impugnada respecto de su restrictividad del comercio³⁹⁰. Este requisito contiene la especificación de que la

³⁸⁶ Vid. DELIMATIS, P., "Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come", *op. cit.*, p. 380-391; Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Salmón*, Doc. WT/DS18/AB/R, *cit.* párr. 197

³⁸⁷ Este derecho de determinar el nivel apropiado de protección no es absoluto, *vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE — Hormonas (Canadá)*, Doc. WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, *cit.*, párr. 72 173. Como se ha visto este derecho esta de alguna manera limitada por el art. 5.4. En el mismo disputa Ce- Hormona, el GE luego de reconocer que las disposición no conlleva una obligación, que este objetivos será tomado en consideración en la interpretación de otras disposiciones del Acuerdos MSF. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, (CE — Hormonas (Canadá)), Doc. WT/DS48/R/CAN, 18 de agosto de 1997, párr. 8.166.

³⁸⁸ Vid. MARCEAU, G. Y TRACHTMAN, J. P., "A map of the World Trade Organization law of domestic regulation of goods: The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade", *op. cit.*, pp., 282, 381.

³⁸⁹ Vid. KAPTERIAN, G., "A Critique of the WTO Jurisprudence on 'Necessity'", *op. cit.*, p. 114.

³⁹⁰ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Manzanas*, Doc. WT/DS367/AB/R, *cit.*, párr. 337.

restrictividad del comercio que tenga la medida alternativa debe ser “significativamente” menor que la restrictividad de la MSF impugnada - a diferencia de la interpretación que ha dado el OA en la prueba de necesidad del art. 2.2 del Acuerdo de OTC. Según DELIMATSIS al adoptar el Acuerdo de MSF, la intención era que “any alternative measure to prevail over the chosen measure lightly and thus they required the beneficial effects on trade to be ‘significant’ if the alternative measure is to be chosen”³⁹¹, por lo que solamente una medida alternativa que otorgue un beneficio significativo al comercio internacional puede prevalecer sobre la medida impugnada.

La interpretación que se ha realizado hasta la fecha de este elemento ha sido limitada y no ha explicado claramente el alcance del término “significativo”, los GE han entendido esta condición en el sentido que la medida alternativa pudiera permitir un incremento significativo en el acceso al mercado³⁹². En este mismo sentido tanto en el asunto *India – Productos agropecuarios* como en *Australia – Salmón* el GE señaló que “cualquier medida que imponga condiciones a la importación, aunque sea rigurosa, “sería significativamente menos restrictiva del comercio que una prohibición total”³⁹³.

³⁹¹ Vid. DELIMATSIS, P., "The Principle of Necessity in the WTO – Lessons for the GATS Negotiations On Domestic Regulation", *op. cit.*, p. 12.

³⁹² Vid. Informe del Grupo Especial, *Australia — Medidas que Afectan a la Importación de Salmón – Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Canadá*, (*Australia — Salmón* (párr. 5 del art. 21 – Canadá)), Doc. WT/DS18/RW, 18 de febrero de 2000, párr. 7.151.

³⁹³ Vid. Informe del Grupo Especial, *India — Productos agropecuarios*, Doc. WT/DS430/R, *cit.*, párr. 7.590; Informe del Grupo Especial, *Australia — Salmón*, Doc. WT/DS18/R, *cit.* Párr. 8.182, lo que no fue revocado por el OA. Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Salmón*, Doc. WT/DS18/AB/R, *cit.*, párrs. 90-105.

CAPÍTULO QUINTO:

LAS DISCIPLINAS SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL EN EL AGCS Y LOS PED

El art. VI contiene en sus seis apartados normas de naturaleza formal o procesal (la administración, aplicación y revisión de las regulaciones nacionales) y normas de naturaleza sustantiva relacionadas con el contenido de la medida¹. Todas éstas se ocupan de un conjunto de barreras al comercio de servicios de especial relevancia en el proceso de liberalización de los servicios. Como señalan MATTOO Y SAUVÉ, el art. VI sobre reglamentación nacional se ocupa de regular “*more opaque forms of protection embedded in domestic regulatory conduct*”².

El tipo de barreras de las que se ocupa el art. VI son creadas por regulaciones o medidas nacionales no discriminatorias y que no limitan el acceso al mercado de conformidad con el AGCS (limitaciones cuantitativas), pero que pueden ser “excesivamente onerosas” al comercio³. Cabe señalar que en el argot del AGCS este conjunto de obligaciones son conocidas como “reglamentación nacional” o “*domestic regulation*”⁴. La Secretaría de la OMC, en una nota orientativa sobre el art. VI, señalaba que: “El derecho de reglamentar que asiste a los Miembros no fue obstáculo para que se incluyesen en el AGCS normas destinadas a reducir al mínimo los efectos de restricción al comercio de la reglamentación nacional que no estuviese comprendida en el ámbito de aplicación de los arts. XVI y XVII. Esas normas figuran en el art. VI del AGCS”⁵.

¹ Si bien se va a revisar esta disposición en detalle, cabe señalar que esta diferencia entre disposiciones formales y sustantivas es compartida generalmente en la literatura, entre otros *vid.* WOUTERS, J. Y COPPENS, D., “GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization”, en ALEXANDER, K. Y ANDENAS, M. (eds.), *The World Trade Organization and trade in services*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 207-263, p. 216-219; DELIMATIS, P., “Due Process and “Good” Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS”, *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 1, 2007, pp. 13-50, en pp. 13, 18.

² *Vid.* MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., “Domestic Regulation and Trade in Services: Key Issues”, en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank y Oxford University Press, 2003, pp. 1-6.

³ El Art. VI del AGCS se enfoca en medidas regulatorias distintas a las que están reguladas por los arts. XVI y XVII. *Vid.* también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Necesidad y transparencia de la reglamentación nacional*, Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, Doc. S/WPDR/W/14, 1 de mayo 2001, párr. 8.

⁴ *Vid.* DELIMATIS, P., “Concluding the WTO services negotiations on domestic regulation - hopes and fears”, *World Trade Review*, vol. 9, no. 4, 2010, pp. 643-673, en p. 643; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Necesidad y transparencia de la reglamentación nacional*, Doc. S/WPDR/W/14, 2001, *cit.*, párr. 7.

⁵ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Párrafo 4 del artículo VI del AGCS: Disciplinas en materia de reglamentación nacional para todos los servicios*, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/96, 1 de marzo 1999, párr. 9.

Esta materia es compleja tanto en su contenido jurídico, en su relación con otras disposiciones del Acuerdo, como en su interpretación jurisprudencial e implicaciones en la práctica regulatoria. Los pocos estudios que se han realizado hasta la fecha sobre las disciplinas de reglamentación nacional del art. VI de AGCS se han centrado en identificar el contenido de estas disposiciones y buscan clarificar su sentido y plantear las bases para una futura interpretación de estas disposiciones por los órganos resolutorios de la OMC. Algunos análisis se han orientado hacia el alcance de los principios del art. VI y su importancia en la mejora de la calidad de las regulaciones orientadas al CIS, así como su incidencia en la cooperación regulatoria entre los Miembros⁶. Como señala DELIMATIS en este sentido, “*It follows in the medium to long run, such multilateral disciplines will bring about regulatory reform at the domestic level and induce regulatory co-operation. In all likelihood, minimum harmonization and mutual recognition of domestic regulations would follow*”⁷. En particular, respecto del art. VI:4, la literatura se ha enfocado en la posible incorporación de los principios de transparencia y necesidad de las medidas nacionales como herramientas concretas que se usarían para determinar la legitimidad de las medidas vinculadas con el sector de servicios.

Otros estudios incluyen el alcance e implicancia de las futuras disciplinas de reglamentación nacional del art. VI:4 respecto del cumplimiento de los compromisos específicos de los Miembros en el marco del AGCS. En concreto, se analiza cómo los principios relacionados con la transparencia, debido proceso y necesidad de la medida pueden ser útiles para la toma de decisiones por parte de los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación de la OMC. También se considera cómo las futuras disciplinas del art. VI:4 pueden ser útiles para determinar una arbitrariedad regulatoria, un excesivo proteccionismo, o el uso de excesivas trabas burocráticas en la aplicación de medidas nacionales neutrales en cuanto al origen.

Los dos elementos considerados de manera transversal en el estudio de las disciplinas sobre reglamentación nacional del AGCS y que suelen ser el principal eje del debate doctrinal son la soberanía y autonomía regulatoria, que se enfocan en la real o potencial existencia de un conflicto entre la autonomía regulatoria o “*right to regulate*” de los Miembros y las disposiciones del art. VI. El derecho de regular es uno de los principales principios que reconoce el AGCS⁸ y, sin perjuicio

⁶ En particular se ha analizado el alcance de las posibles nuevas disciplinas sobre reglamentación nacional y si éstas pueden facilitar el reconocimiento de licencias, titulaciones y normas técnicas, en tanto que el art. VII establece los posibles medios para ello.

⁷ Vid. DELIMATIS, P., "Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come", *European Journal of International Law*, vol. 19, no. 2, 2008, pp. 365-408, en p. 369.

⁸ Ver el Preámbulo del AGCS, se expresa el reconocimiento del derecho de los Miembros a regular en la prestación de servicios a fin de cumplir con sus objetivos de política nacional. En el caso *EEUU – Juegos de Azar* quedó claro que el AGCS no perjudica este derecho por ningún medio. Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Medidas que Afectan al Suministro Transfronterizo de Servicios de Juegos de Azar y Apuestas*, (*Estados Unidos — Juegos de azar*), Doc. WT/DS285/R, 10 de noviembre de 2004; , párr. 6.316.

de ello, las regulaciones nacionales que afectan al CIS deben basarse también en los principios de transparencia, debido proceso en la administración de las medidas y buscar limitar lo menos posible el comercio de servicios⁹. En este contexto, el principal reto del AGCS es diseñar normas que “no priven a los reguladores de su libertad para perseguir sus objetivos legítimos de política nacional”¹⁰, por lo que una parte de la doctrina ha adoptado una visión crítica de algunas de las disposiciones del AGCS y reconoce la complejidad de la interpretación del AGCS en relación con la desregulación¹¹.

Tomado en cuenta este debate, se puede afirmar que uno de los principales objetivos de las disciplinas del art. VI, y en particular del art. VI:4, es trazar una clara línea entre el derecho a regular y las regulaciones nacionales excesivamente onerosas o gravosas para el comercio. A la vez, uno de los retos de la Ronda de negociaciones de Doha es encontrar cómo aplicar estos principios y el mandato del AGCS, desarrollando disciplinas concretas que se ocupen de las regulaciones nacionales, en principio neutrales, que tienen considerables efectos restrictivos al comercio¹². Parte importante de la doctrina defiende el rol protagónico del AGCS en la creación de eficiencia regulatoria y buena gobernanza regulatoria y por ende en la creación de disciplinas de reglamentación nacional consensuadas y fuertes. En este sentido, se señala que la autonomía regulatoria, si bien es necesaria para responder a las necesidades de política pública, no puede ser excusa para un proteccionismo encubierto o una regulación no eficiente. En tanto otra parte de la doctrina así como algunos Miembros, grupos de *lobbys*, ONGs o grupos de la sociedad civil han expresado su oposición a una interpretación restrictiva del art. VI y el desarrollo de las disciplinas horizontales de reglamentación nacional. Se ha argumentado que éstas limitarían el espacio de política regulatoria y la flexibilidad necesaria y por tanto atentarían contra el “derecho a regular” de

⁹ Vid. MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Key Issues", *op. cit.*, p. 3; SAUVÉ, P., *Trade rules behind borders: essays in services, investment and the new trade agenda*, London, Cameron May, 2003, p. 113; DELIMATISIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *International Economic Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 95, 162.

¹⁰ Vid. MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank and Oxford University Press, 2003.

¹¹ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2003; KRAJEWSKI, M., "Playing by the Rules of the Game?", *Legal issues of economic integration*, vol. 32, 2005, pp. 417-447; PAUWELYN, J., "Rien ne va plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS", *World Trade Review*, vol. 4, no. 2, 2005, pp. 131-170; DELIMATISIS, P., "Don't Gamble with GATS - The Interaction between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the US - Gambling Case", *Journal of World Trade*, no. 40, 2006, pp. 1059-1080, en pp. 1059-1060.

¹² Durante las negociaciones de la Ronda de Doha los Miembros han presentado propuestas para una implementación del art. VI:4 del AGCS con la creación de disciplinas horizontales, o con las negociaciones de disciplinas sectoriales como las incorporadas en los acuerdos de telecomunicación y de servicios de contabilidad y los compromisos específicos contenidos en los listados de compromisos nacionales de servicios. Las negociaciones del art. VI:4 y su relevancia para los PED en concreto se tratarán en el capítulo siguiente, considerando especialmente la perspectiva de los PED y la participación de los mismos en las negociaciones.

los Miembros y se han mostrado contrarios a la introducción de una “prueba de necesidad” respecto de las regulaciones nacionales¹³.

La revisión sobre los principales aspectos que han sido analizados en los estudios sobre las disciplinas de reglamentación nacional del AGCS ha llevado a centrar este capítulo en el estudio de las disciplinas del art. VI, teniendo en cuenta la CVDT y considerando especialmente el objeto y fin de las disposiciones. La metodología de la investigación tratará de analizar la relación e influencia del art. VI del AGCS en el proceso de reforma regulatoria nacional de los PED para la búsqueda de un mayor beneficio del CIS. Se examinará también la relevancia de estas disposiciones en relación con los PED y su aplicabilidad en relación con sus medidas regulatorias nacionales relacionadas con el CIS, así como en relación con su política pública en general. Se examina la incidencia de las disciplinas multilaterales de reglamentación nacional de servicios en la búsqueda del equilibrio entre el proceso de reforma regulatoria y la gobernanza regulatoria de los PED, así como la capacidad de los PED para implementar regulaciones de interés público en los sectores de servicios.

En el análisis jurídico del art. VI se evalúa también, tangencialmente, la incidencia para los PED de las disciplinas específicas sobre gobernanza regulatoria expuestas en el conjunto de disciplinas de este artículo del AGCS. También se considera la relación del art. VI con la implementación de regulaciones de calidad para el sector de los servicios, lo que reflejaría una orientación del AGCS hacia una integración más positiva. Es especialmente relevante el art. VI:4, mediante el cual se dispone el inicio de negociaciones para la creación de nuevas disciplinas de reglamentación nacional. Los Miembros bajo el mandato de esta disposición tienen previsto acordar el establecimiento de requisitos vinculantes mínimos respecto a su marco regulatorio, en lo referido a licencias, titulaciones y normas técnicas¹⁴.

El estudio de este capítulo se divide en tres apartados, en el primero se realiza una aproximación inicial a la importancia y contenido de las distintas disciplinas sobre reglamentación nacional plasmadas en el art. VI del AGCS, destacando su importancia en el régimen del comercio internacional. El segundo y el tercer apartado de la investigación se ocupan del contenido jurídico de las disposiciones del art. VI. Para ello se utiliza la clasificación de obligaciones formales y obligaciones sustanciales, la cual se desprende de la disposición en cuestión. Se ha considerado que se trata de obligaciones formales y sustanciales de gobernanza regulatoria en tanto que los principios de buena administración y debido proceso y principio de proporcionalidad que abarcan

¹³ Ver entre otros la Comunicación de Brasil, EEUU: OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Líneas generales de la posición de los Estados Unidos sobre un proyecto de texto consolidado en el marco del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional*, Comunicación los Estados Unidos, Doc. JOB(06)/223, 11 de julio de 2006.

¹⁴ Como se verá con mayor detalle en el capítulo siguiente sobre las negociaciones del art. VI:4, es prioritario para los PED involucrarse en las negociaciones y lograr un equilibrio de intereses en la creación e implementación de estas futuras disciplinas.

estas disposiciones podrían todos comprenderse dentro de una categoría general de gobernanza regulatoria. En cada uno de estos apartados se revisa el contenido jurídico de estos principios en el AGCS, así como su posible interpretación por los órganos jurisdiccionales y, de ser el caso, su alcance en las nuevas disciplinas de reglamentación nacional. De manera transversal se considera la relevancia de estas disposiciones para los PED en relación a sus intereses en el sector de servicios y sus intereses de política regulatoria.

I. LAS DISCIPLINAS SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL DEL ART. VI DEL AGCS: ASPECTOS GENERALES

A. La relevancia del art. VI del AGCS sobre la reglamentación nacional

La especial relevancia del art. VI tiene su origen en el contenido flexible e híbrido del AGCS y en particular del reconocimiento que hace el preámbulo del Acuerdo al derecho de los Miembros a regular el suministro de servicios dentro de su territorio a fin de cumplir con sus objetivos nacionales. Estos principios han orientado y delineado el contenido del art. VI del AGCS. El AGCS, mediante sus disposiciones sobre reglamentaciones nacionales del art. VI, procura limitar en ciertos aspectos la jurisdicción y soberanía regulatoria de los Miembros de la OMC. Este mecanismo busca en esencia reducir los requerimientos regulatorios innecesarios que crean efectos distorsionadores al CIS.

En resumen, el art. VI apunta a lidiar con los impedimentos no discriminatorios que tienen la capacidad de restringir el comercio internacional de servicios. Tales impedimentos tienen generalmente un carácter cualitativo¹⁵ y se ocultan dentro de las reglamentaciones nacionales no discriminatorias o en la administración de estas reglamentaciones¹⁶. Estas reglamentaciones se pueden caracterizar, entre otros aspectos, por no ser compatibles con una buena gobernanza, por no ser equitativas, ser más restrictivas de lo necesario o excesivamente burocráticas, no transparentes, carentes de un debido proceso y ser administradas inadecuadamente.

Mediante la creación del art. VI los negociadores del Acuerdo lograron identificar la cuestión de la “reglamentación nacional” como uno de los problemas claves y que debían ser

¹⁵ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.304-6.320.

¹⁶ Vid. FEKETEKUTY, G., "Assessing and Improving the Architecture of GATS (Chapter 4)", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, Brookings Institution Press, 2000, pp. 85-111, en p. 101; WTO, WORKING PARTY ON PROFESSIONAL SERVICES (GTSP), *Report to the Council for Trade in Services on the Development of Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector*, Doc. S/GTSP/4, 10 December 1998, p. 9; y la comunicación de las Comunidades Europeas en: OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Necesidad y transparencia de la reglamentación nacional*, Doc. S/WPDR/W/14, 2001, *cit.*, p. 2.

considerados dentro del esquema del régimen multilateral del CIS¹⁷, el cual abordaron en la medida de sus posibilidades. Cabe mencionar que en el sector de las mercancías las prescripciones sobre medidas no discriminatorias se encuentran en el Acuerdo OTC y en el Acuerdo MSF. Estos acuerdos también apuntan a encontrar un equilibrio entre el derecho de regular y la liberalización progresiva, y se basan en el mismo enfoque normativo, requiriendo que las medidas de reglamentación nacional no constituyan trabas innecesarias al comercio. Por lo tanto, sirven a menudo como punto de referencia para entender e interpretar las disposiciones del AGCS sobre reglamentación nacional¹⁸.

El art. VI en particular es también de mucha importancia para el proceso de integración del comercio de servicios, ya que es una disposición que se enfrenta a los efectos negativos de las reglamentaciones nacionales, cuando se configuran como barreras sustanciales al comercio de servicios. A pesar de su importancia y contradictoriamente, esta disposición es, en gran medida, provisional en naturaleza y débil en su contenido, ya que muchas de sus disposiciones tienen el carácter de “mejor esfuerzo”¹⁹.

El art. VI es también un punto clave en el debate sobre la necesidad de encontrar un equilibrio o balance entre la soberanía regulatoria y la labor del AGCS para buscar los objetivos de integración comercial²⁰. Señala MATTOO al respecto: “Si bien la autonomía de la reglamentación es necesaria para permitir que las normas internas respondan a las condiciones locales, puede haber momentos en que esa autonomía lleve a fricciones en el comercio, ya sea intencional o no, o también actúe como un proteccionismo disfrazado”²¹. Por lo tanto, la libertad para regular se ejerce con la limitación y en la extensión que las regulaciones que adoptaron los Miembros sean compatibles con los principios y normas del AGCS. Esta limitación fue reafirmada por el OSD en el informe del panel en el caso *EEUU – Juegos de Azar* y en referencia a los parámetros del art.

¹⁷ Vid. MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "What are the Main Challenges for the GATS Framework? Don't Talk About Revolution", *European Business Organization Law Review*, vol. 5, no. 3, 2004, pp. 511-562.

¹⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, *Pertinencia de las disciplinas de los acuerdos sobre obstáculos técnicos al comercio y sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación a los efectos del párrafo 4 del Artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPPS/W/9, 11 de septiembre 1996.

¹⁹ La razón de su debilidad y naturaleza provisional se debe probablemente a la dificultad de desarrollar las disciplinas multilaterales en esta área sin parecer que se interfiere en la soberanía nacional y se limita indebidamente la libertad regulatoria. Vid. MATTOO, A., "Developing Countries in the New Round of GATS Negotiations: Towards a Pro-Active Role", *The World Economy*, vol. 23, 2000, pp. 471-489, pp. 483-84. Esto lo señala también DELIMATISIS en el 2008, DELIMATISIS, P., "Towards a Horizontal Necessity Test for Services: Completing the GATS Article VI:4 Mandate", en PANIZZÓN, M., POHL, N., et al. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, *World Trade Forum (World Trade Forum 2006)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 370-394.

²⁰ Ver el estudio realizado en el capítulo introductorio sobre la relación entre la capacidad de regulación nacional y el AGCS.

²¹ Vid. MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Looking Ahead", en MATTOO, A. Y SAUVE, P. (eds.), *Domestic Regulation and Services Trade Liberalization*, Oxford University Press and World Bank 2003, pp. 221-230.

VI²². La limitación es particularmente evidente en el art. VI en tanto contiene disposiciones que apuntan a la reglamentación nacional y que reducen la autonomía regulatoria de los Miembros.

En este sentido, según DELIMATSI, la *ratio legis* del art. VI es establecer un proceso que permitiría la identificación de medidas restrictivas al comercio que no son esenciales para el logro de los objetivos de reglamentación doméstica y que los Miembros han definido unilateralmente en su jurisdicción²³. Por lo que frente a la tensión que existe entre la liberalización del comercio y la autonomía regulatoria nacional, la cual es regulada por varias disposiciones del AGCS, el art. VI se configura como un eje central en la búsqueda del balance deseado.

Justamente una de las cuestiones problemáticas en la interpretación y aplicación del art. VI se refiere a su incidencia en las políticas nacionales de regulación de servicios. La doctrina considera que el “carácter híbrido”²⁴ del AGCS queda reflejado en la amplitud o profundidad de ciertas disciplinas del Acuerdo, como es el caso de las disposiciones sobre reglamentación nacional y que estas disposiciones tienen una mayor incidencia en la autonomía regulatoria. Así, HOEKMAN, MATTOO Y SAPIR afirman que el AGCS va más allá del trato nacional al comprender también medidas que no son estrictamente discriminatorias y que esto limita la libertad de regulación²⁵.

Muchos de los Miembros de la OMC consideran que su derecho a regular en las prescripciones y procedimientos sobre licencias y títulos de aptitud y las normas técnicas es un punto central y sensible en el resguardo de sus políticas nacionales, y se han mostrado reticentes a las limitaciones que podrían caustar las disciplinas del art. VI en la capacidad de los gobiernos de regular el sector de los servicios, lo que ha sido evidente no sólo en los círculos regulatorios sino también en la sociedad civil²⁶.

Los PED, en particular, a la hora de realizar nuevos compromisos necesitan estar seguros de la previsibilidad de las consecuencias de estos compromisos y que se logre un equilibrio adecuado entre el acceso a los mercados y la autonomía regulatoria. Por lo que algunos de los PED se han

²² Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.316. Señala que: “la soberanía reglamentaria de los Miembros es un pilar esencial de la liberalización progresiva del comercio de servicios, pero esa soberanía termina allí donde se menoscaben los derechos adquiridos por otros Miembros en virtud del AGCS” y que “... los Miembros conservan el derecho a reglamentar dentro de los parámetros del art. VI del AGCS”.

²³ Vid. DELIMATSI, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p 17.

²⁴ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 57-59.

²⁵ Ver la argumentación detallada en HOEKMAN, B., MATTOO, A. Y SAPIR, A., "The political economy of services trade liberalization: a case for international regulatory cooperation?", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 23, no. 3, 2007, pp. 367-391, p. 386 y ss.

²⁶ Vid. DELIMATSI, P., "Necessity, Transparency and Regulatory Diversity in Trade in Services. An Analysis of Article VI of the GATS" (PhD thesis, Université de Neuchâtel, 2006), p. 222; OECD, "GATS: The Case for Open Services Markets Complete Edition", en *OECD General Economics & Future Studies 2002*; SAUVÉ, P., *Trade rules behind borders: essays in services, investment and the new trade agenda*, *op. cit.*, p. 122.

mostrado preocupados por la formulación de las nuevas disciplinas sobre reglamentación nacional y en particular sobre la inclusión explícita de una prueba sobre la necesidad de la medida regulatoria²⁷. Algunos de ellos consideran también que la creación de posibles nuevas disciplinas de reglamentación nacional conforme al mandato del art. VI:4 podría tener un efecto negativo sobre la voluntad de los gobiernos para realizar nuevos compromisos específicos. Para resolver estas cuestiones, tanto los Miembros como la doctrina vienen debatiendo a fin de concretar los criterios más adecuados para lograr un equilibrio en la implementación del art. VI y en el desarrollo de las disciplinas del art. VI:4, los que se enfocarán con detalle también en el siguiente capítulo²⁸. Se ha llegado a argumentar incluso que la forma más fácil de lograr esta previsibilidad y equilibrio sería convertir el trato nacional en el centro de los compromisos en servicios²⁹.

Junto al problema de la intromisión en la soberanía reguladora y de la búsqueda del equilibrio aparecen otras cuestiones colaterales que se relacionan con la reglamentación nacional del comercio de servicios en el AGCS y que afectan a los PED. Como la falta de claridad de las disposiciones del AGCS y en particular del art. VI y la necesidad de una mayor atención a la

²⁷ Ver las propuestas presentadas en este sentido por algunos PED en el GTRN y el análisis detallado en este capítulo sobre las negociaciones del GTRN y la prueba de necesidad. Ver las propuestas de: Brasil, Filipinas e Indonesia, JOB(06)/133 OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil y Filipinas - (sin título)*, Doc. JOB(06)/133, 2 de mayo 2006; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil y Filipinas - (sin título) - Addendum*, Doc. JOB(06)/133/Add.1, 15 de junio 2006; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas propuestas sobre prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud*, Comunicación de Chile, la India, México, el Pakistán, el Perú y Tailandia, Doc. JOB(06)/160, 30 de mayo 2006, sobre todos los elementos de las disciplinas. Consideran que no es necesaria incluir la prueba de necesidad: OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Resumen de la reunión informal celebrada el 2 de mayo de 2006*, Nota del Presidente, Doc. JOB(06)/157, 29 de mayo 2006; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Grupo ACP - Principios favorables al desarrollo en las negociaciones relativas al párrafo 4 del artículo VI del AGCS - Revisión*, Doc. JOB(06)/136/Rev.1, 19 de junio 2006; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Preocupaciones relacionadas con el comercio de las economías pequeñas y vulnerables en el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional - Revisión*, Comunicación de Antigua y Barbuda, Barbados, Cuba, Dominica, El Salvador, Fiji, Granada, Guatemala, Honduras, Jamaica, Mauricio, Mongolia, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tabago, Doc. JOB(06)/66/Rev.1, 2 de mayo 2006; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Preocupaciones relacionadas con el comercio de las economías pequeñas y vulnerables en el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional - Segunda Revisión*, Comunicación de Antigua y Barbuda, Barbados, Cuba, Dominica, El Salvador, Fiji, Granada, Guatemala, Honduras, Jamaica, Mauricio, Mongolia, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tabago, Doc. JOB(06)/66/Rev.2, 10 de julio 2006.

²⁸ Ver las negociaciones del Grupo sobre Reglamentación Nacional del AGCS y el análisis realizado en el Capítulo Quinto, además de los diferentes comentarios realizados desde el inicio de la Ronda de Doha, por ejemplo TRACHTMAN, J. P., *The international economic law revolution and the right to regulate*, London, Cameron May, 2006, p. 281; NICOLAÏDIS, K. Y TRACHTMAN, J. P., "From Policed Regulation to Managed Recognition in GATS", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, DC., 2000, pp. 241-283; WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "Domestic Regulation within the Framework of GATS", Institute for International Law, K.U. Leuven, Working Paper Nro 93, May 2006, Leuven, 2006; SAUVÉ, P., *Trade rules behind borders: essays in services, investment and the new trade agenda*, op. cit.

²⁹ Ver la argumentación realizada en: MAVROIDIS, P. C., "Highway XVI re-visited: the road from non-discrimination to market access in GATS", *World Trade Review*, vol. 6, no. 01, 2007, pp. 1-23, pp. 9 y ss. "The suggested approach: XVI is a list of in principle impermissible exceptions to art. XVII GATS".

cooperación en la reforma regulatoria, por tanto en la capacidad de las instituciones y entes reguladores³⁰.

B. Consideraciones preliminares para el análisis de las disposiciones del art. VI del AGCS

1. Qué se entiende por “reglamentación nacional”

Existe una diversidad de definiciones de regulación nacional o reglamentación nacional, y por el momento no existe un acuerdo institucional o doctrinal al respecto³¹. La “reglamentación nacional” o *domestic regulation* del art. VI es entendida, en virtud de una interpretación contextual del Acuerdo, como una “medida de aplicación general”. En este sentido, se desprende que la reglamentación nacional tiene, en esencia, en mismo contenido que una “medida de aplicación general”, expresión que aparece en el art. VI:1 y en varias disposiciones del AGCS³². Si bien el AGCS no especifica el significado de “medida de aplicación general”, el art. XXVIII del AGCS sí define la expresión más amplia “medida”. El art. XXVII señala que “medida” significa “cualquier medida adoptada por un Miembro, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma”. Además se entiende por: “medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios” las medidas referentes a: la compra, pago o utilización de un servicio; el acceso a servicios que se ofrezcan al público en general por prescripción de esos Miembros, y la utilización de los mismos, con motivo del suministro de un servicio; la presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un Miembro en el territorio de otro Miembro para el suministro de un servicio³³. En este contexto, no es relevante si las medidas son adoptadas por un gobierno central, regional o local o por una institución no gubernamental en el ejercicio de facultades en ella delegadas.

El sentido del término “reglamentación nacional” parece corresponderse con el de “medida de aplicación general”, sin embargo esta cuestión no está totalmente clara, ya que el AGCS no define claramente qué es una medida de aplicación general y tampoco se hace uso de esta terminología en todos los apartados del art. VI, sino únicamente en el art. VI:1³⁴, en tanto que en el art. VI:4 se hace uso del término “medida”.

³⁰ Son algunas de esas cuestiones del art. VI relacionadas con las preocupaciones de los PED a las que también se dedica este capítulo.

³¹ En el marco del AGCS toda regulación/medida a nivel nacional que afecta al comercio de servicios es “reglamentación nacional”. Pero el art. VI:4 solamente se refiere a cierto tipo de medidas.

³² La expresión “medidas... de aplicación general” aparece en el AGCS en los arts. III:1, en el art. III:4 sobre transparencia y en el art. VI:1 del AGCS. En tanto que en el art. VI:4 se hace mención solamente a “medidas relativas a prescripciones y procedimientos [...]”.

³³ Art. XXVIII: c) del AGCS: Definiciones

³⁴ Esta discusión sobre el significado de “medida de aplicación general” se realiza con mayor detalle en el apartado referido al art. VI:1. *Vid.* también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN

2. Reglamentaciones nacionales cubiertas

Además de la discusión sobre el contenido material del art. VI, se plantea en esta investigación la determinación del tipo de reglamentaciones nacionales cubiertas por el art. VI. Esto es más útil hacerlo mediante una definición residual, ya que el art. VI no da una caracterización específica y la reglamentación nacional puede cubrir un variado grupo de medidas. Asimismo, dependiendo del caso, las disciplinas del art. VI se ocupan tanto de la dimensión sustancial como formal de la reglamentación nacional. De esta forma, las reglamentaciones nacionales o regulaciones domésticas cubiertas por el art. VI no son medidas que constituyen limitaciones del AM, en el sentido del art. XVI del AGCS. Tampoco se trataría, en principio, de reglamentaciones discriminatorias, ya sea que discriminen *de jure* o *de facto* a servicios o proveedores de servicios extranjeros³⁵. Las medidas disciplinadas por el art. VI tampoco se corresponden con las del art. XVIII del AGCS, en tanto que el art. XVIII da la posibilidad a los Miembros de formalizar compromisos adicionales, y estos compromisos suelen estar relacionados con medidas vinculadas a normas técnicas, licencias y títulos de aptitud³⁶, pero su alcance puede ser mayor que el art. VI. El art. XVIII tiene un mayor alcance, ya que en virtud de esta disposición los Miembros pueden consignar compromisos respecto de medidas diferentes a las arriba señaladas, y siempre que no estén sujetas a la consignación en las listas de compromisos en virtud del art. XVI y XVII del AGCS³⁷. Sin embargo, como se analizará luego con mayor detalle, puede existir cierto solapamiento entre el contenido del art. VI:4 y VI:5 por un lado y el art. XVIII por otro lado³⁸.

Asimismo se ha planteado que no existe una clara línea divisoria entre los arts. XVI, XVII y VI. Este aparente solapamiento tiene relación con la posible estrategia de los creadores del AGCS. Según WOUTERS Y COPPENS, los arts. VI y XVIII se han formulado como una doble vía que sirve

NACIONAL, "Medidas de Aplicación General" en los Acuerdos de la OMC, Doc. S/WPDR/W/47, 9 de febrero de 2012; Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.432.

³⁵ En primer lugar, el art. XVI sobre AM se ocupa de restricciones cuantitativas discriminatorias y no discriminatorias que afectan al CIS. En segundo lugar, el art. XVII sobre TN prohíbe el tratamiento discriminatorio tanto *de jure* como *de facto*. Las medidas no cuantitativas que no sean discriminatorias no caen dentro del alcance de los compromisos específicos de estas dos disposiciones.

³⁶ El art. XVIII sobre compromisos adicionales dispone: "Los Miembros podrán negociar compromisos con respecto a medidas que afecten al comercio de servicios pero no estén sujetas a consignación en listas en virtud de los arts. XVI o XVII, incluidas las que se refieran a títulos de aptitud, normas o cuestiones relacionadas con las licencias. Dichos compromisos se consignarán en las Listas de los Miembros".

³⁷ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001*, Doc. S/L/92, 28 de marzo 2001. Ver también lo analizado en el Capítulo Segundo sobre el art. XVIII, p. 123 y ss.

³⁸ *Vid.* DELIMATSI, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 148; DELIMATSI, P., "Don't Gamble with GATS - The Interaction between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the US - Gambling Case", *op. cit.*, p. 75.

para abordar esta categoría de medidas. Categoría que escapa del alcance de los arts. XVI y XVII, reglamentaciones que están relacionadas principalmente con los títulos de aptitud, licencias y normas técnicas³⁹. Estas medidas que quedan fuera del alcance del art. XVI y XVII pueden impedir indirectamente el CIS y son muy variadas. Se trataría, por ejemplo, de reglamentos o legislaciones sobre los requisitos de titulaciones para los servicios profesionales, que son muy diferentes entre Miembros de la OMC y pueden convertirse en barreras importantes al CIS. También se refiere a los requisitos de residencia para la concesión de licencias, estándares técnicos complicados que deben cumplirse, por ejemplo, para el suministro de servicios de salud por internet, o la insuficiente información, falta de información objetiva e información ineficiente de las regulaciones sobre licencias, titulaciones o normas técnicas, así como procesos administrativos imparciales o excesivamente largos, ente otros.

3. Contenido y clasificación de las disposiciones

La reglamentación nacional en servicios, conforme al art. VI del AGCS, está integrada por seis diferentes apartados, con los siguientes contenidos a distinguir:

1. *La administración razonable, objetiva e imparcial* (art. VI:1), que se ocupa de cuestiones de gobernanza y se refiere especialmente a la necesidad de asegurar la debida administración de la medida.
2. *El establecimiento de mecanismos/procedimientos para la revisión de decisiones administrativas* (art. VI:2), que se refiere a la institucionalización de elementos de debido proceso, mediante el establecimiento o mantenimiento de tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales/administrativos para las necesarias revisiones y remedios apropiados.
3. *La información que debe darse al solicitante sobre la decisión respecto de las solicitudes de los proveedores de servicios* (art. VI:3), que está relacionada con requerimientos específicos de transparencia en los procedimientos administrativos.
4. *El mandato para desarrollar negociaciones sobre futuras disciplinas regulatorias* (art. VI:4), que es la obligación sustantiva a fin de implementar nuevos estándares multilaterales sobre la reglamentación nacional que afecta al CIS.
5. *El mecanismo para una aplicación provisional de los principios de las futuras disciplinas* (art. VI:5).
6. *El procedimiento para verificar las competencias profesionales* (art. VI:6).

³⁹ Vid. WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "Domestic Regulation within the Framework of the GATS", en BYTTEBIER, K. Y VAN DER BORGHT, K. (eds.), *WTO Obligations and opprtunities challenges of Implementation*, London, Cameron May, 2007, pp. 25-84, en p. 35.

Tomado en cuenta la estructura del AGCS, el art. VI está incluido formalmente dentro del Acuerdo como una de las obligaciones generales junto con las disposiciones del NMF, transparencia, y otras disciplinas que se aplicaban a las medidas que afectan al comercio de servicios⁴⁰. A pesar de ser, en principio, una obligación de carácter general, la aplicación de la mayoría de sus disposiciones está limitada a los compromisos de liberalización, es decir que son obligatorias para los Miembros de la OMC solamente respecto de los sectores de servicios en los cuales exista consignación en listas de compromisos específicos. La obligación del art. VI:2 es una obligación incondicional, y corresponde a la categoría de obligaciones que los Miembros deben cumplir con algunas obligaciones adicionales, mayormente de naturaleza procesal, respecto de otros Miembros y sus suministradores de servicios⁴¹. En tanto que las disposiciones de los arts. VI:1, VI:3, VI:4, VI:5 y VI:6 constituyen obligaciones condicionales⁴². El objetivo principal de este tipo de obligaciones es proteger el valor comercial de lo que ya ha sido inscrito en su listado de compromisos, a fin de que estos no sean afectados por los cambios de la política regulatoria⁴³.

Otra clasificación de las disposiciones del art. VI señala que contiene, por un lado, algunas disposiciones que son legalmente obligatorias, aplicables a las reglamentaciones nacionales actuales y que son de naturaleza procesal⁴⁴, en los arts. VI:1, VI:2, VI:3 y VI:6; y por otro lado, un conjunto de disposiciones que constituyen un mandato para el desarrollo de futuras disciplinas multilaterales, según el art. VI:4, y un mecanismo para la aplicación provisional de los principales principios subyacentes de las futuras disciplinas en el art. VI:5⁴⁵.

Esta diversidad en las distinciones del art. VI, junto con las particulares características de sus disposiciones, constituye una complejidad añadida a su análisis e interpretación.

⁴⁰ La totalidad de las implicaciones de la parte III del AGCS sobre compromisos específicos solamente pueden ser entendidas en el contexto del marco más amplio de disciplinas establecidas en la parte II (arts. II, III, III bis, IV, V, V bis, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XII, XIV, XIV bis, XV). Son dos grupos de disciplinas que pueden distinguirse, primero, aquellas que deben ser respetados por todos los Miembros en todos los sectores que cubre el AGCS, sin importar que existen compromisos específicos o no, éstas son las llamadas obligaciones incondicionales. El segundo grupo de disciplinas son aquellas cuyo alcance está limitado a los sectores y modos en que un Miembro ha asumido compromisos. Éstas son las llamadas obligaciones condicionales.

⁴¹ También están incluidas en esta categoría el art. IX sobre consultas de requisitos respecto a prácticas comerciales restrictivas y el art. XV:2 sobre subsidios que distorsionan al comercio.

⁴² Junto con el art. VI también tienen este carácter condicional en su aplicación las disposiciones sobre transparencia (art. III), sobre monopolios y prestación exclusiva de servicios (disciplinas sobre competencia del art. VIII:3) y las disposiciones sobre pagos y transferencias (art. XI).

⁴³ Vid. ADLUNG, R. Y MATTOO, A., "The GATS", en MATTOO, A., STERN, R., et al. (eds.), *Handbook of International Trade in Services*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 49-82, p. 66.

⁴⁴ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.432.

⁴⁵ Sobre esta diferencia en el contenido del art. VI, *vid.* DELIMATISIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 18. La misma clasificación es usada en: WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "Domestic Regulation within the Framework of GATS", *op. cit.*, p. 35.

Esta investigación, a fin de realizar el análisis detallado de las previsiones del art. VI vinculadas con la regulación nacional de servicios⁴⁶, emplea la clasificación basada en la naturaleza del contenido de las obligaciones. Se utiliza la clasificación que distingue entre obligaciones de naturaleza sustantiva como las de los arts. VI:4 y V:5 y obligaciones de naturaleza formal, como las de los arts. VI:1, VI:2, VI:3, VI:6⁴⁷. En este capítulo, las obligaciones del art. VI se han dividido para su estudio en obligaciones formales y sustanciales de gobernanza regulatoria. Estas disposiciones se analizan considerando el enfoque de “gobernanza regulatoria”, que como se ha señalado comprendería los principios de buena administración y debido proceso y los principios de proporcionalidad en el marco de la OMC.

II. OBLIGACIONES FORMALES DE GOBERNANZA REGULATORIA DEL AGCS

Este apartado se ocupa de revisar las obligaciones formales o procesales relacionadas con la reglamentación nacional, que se encuentran en los párrafos VI:1 VI:2, VI:3 y VI:6 del AGCS, las cuales están esencialmente relacionadas con los principios de buena administración y debido proceso. En sentido amplio, estas obligaciones se desprenden también del principio de transparencia⁴⁸ que se ha desarrollado en las disposiciones del art. III y VI del AGCS desde diferentes ángulos.

Las obligaciones formales del art. VI sobre la aplicación o administración adecuada de dichas medidas de aplicación general y de obligaciones de debido proceso, y otras relacionadas con el deber de dar los fundamentos para las decisiones administrativas, deben ser analizados considerando el contexto amplio de la obligación de transparencia del art. III⁴⁹.

Sin embargo, a pesar de esta concepción holística del concepto de transparencia, el contenido material del art. VI y III es diferente, en tanto que el art. VI (VI:1, VI:2 y VI:3) se ocupa

⁴⁶ Ver el análisis en los apartados II sobre OBLIGACIONES FORMALES DE GOBERNANZA REGULATORIA DEL ART. VI y II sobre OBLIGACIONES FORMALES DE GOBERNANZA REGULATORIA DEL ART. VI de este capítulo.

⁴⁷ Vid. MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T. J. Y MAVROIDIS, P. C., "Trade in Services (chapter 16)" *The World Trade Organization: law, practice, and policy*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 601-696, p. 627 y ss. Los autores realizan un estudio general del art. VI en base a esta diferencia entre obligaciones sustantivas y procesales, ver también KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 165-196, en p. 167.

⁴⁸ Revisar la introducción del apartado III del Capítulo Cuarto sobre los principios de Buena Administración y Debido Proceso.

⁴⁹ Vid. DELIMATIS, P., "Article III GATS: Transparency", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law, WTO-Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 92-107, párr. 3; DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, op. cit., pp. 265-270.

esencialmente de varios elementos de la transparencia procesal (incluida la buena administración de las regulaciones y obligaciones de debido proceso), y el art. III contiene requerimientos de publicación y notificación. Esta diferencia se resume en que el art. III del AGCS se ocupa de la transparencia a nivel multilateral e intergubernamental, mientras que el art. VI contiene disposiciones que principalmente buscan destacar a la transparencia como una *relación vertical*, entre las autoridades regulatorias domésticas y el proveedor de servicios afectado, a fin de asegurar el acceso efectivo al mercado de estos últimos⁵⁰.

En todo caso, el requisito de transparencia en sentido amplio es indudablemente un objeto y propósito del AGCS⁵¹ y, tal como señala DELIMATSIS, puede ser visto, desde una perspectiva amplia, tomando en consideración otros aspectos en debate tales como la búsqueda del equilibrio entre los derechos y obligaciones relacionadas con la liberalización del comercio, con el debido respeto a los objetivos de política nacional y el derecho de los Miembros a regular y adoptar nuevas regulaciones en el suministro de servicios a fin de cumplir con sus objetivos de política nacional⁵². Esto es especialmente relevante para la situación de algunos PED y PMA, cuyo menor crecimiento no les permitiría implementar en el mismo ritmo que los PD las disposiciones que buscan desarrollar un marco regulatorio con mayor transparencia, tal como se infiere de varios recitales del preámbulo del AGCS⁵³. Este último enfoque constituye por ende un principal elemento de referencia en esta investigación y en concreto en el análisis de las disciplinas del art. VI.

A. La buena administración de las medidas de aplicación general: Art. VI:1

El art. VI:1 establece que “en los sectores en los que se contraigan compromisos específicos, cada Miembro se asegurará de que todas las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial”. Según esta disposición los Miembros deben administrar las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios asegurándose de que dicha administración cumpla con los criterios de buena gobernanza regulatoria relacionados con la objetividad, imparcialidad y razonabilidad. Su objetivo es asegurar

⁵⁰ Ver la intervención de Canadá en OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Informe de la reunión celebrada los días 5, 8 y 12 de octubre de 2001*, Serie de reuniones extraordinarias, Nota de la Secretaría, Doc. S/CSS/M/12, 28 de noviembre 2001, párr. 99; DELIMATSIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 269; DELIMATSIS, P., "Article III GATS: Transparency", *op. cit.*, p. 108.

⁵¹ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.107; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Medidas que Afectan al Suministro Transfronterizo de Servicios de Juegos de Azar y Apuestas*, (Estados Unidos — Juegos de azar), Doc. WT/DS285/AB/R, 7 de abril de 2005, párr. 235, nota al pie 271.

⁵² Ver el comentario realizado por DELIMATSIS sobre la perspectiva que debe considerarse en la promoción de la transparencia regulatoria mediante el AGCS, para lo cual debe tomarse especialmente en cuenta el preámbulo del AGCS; DELIMATSIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 263.

⁵³ Ver el recital tercero, cuarto, quinto y sexto del preámbulo del AGCS.

que la aplicación de las regulaciones o reglamentaciones nacionales no sea arbitraria o distorsionada, y por ende no dificulte indebidamente el CIS⁵⁴. El contenido del art. VI:1 se aplica respecto de las medidas vinculadas a los sectores en los que los Miembros hayan contraído compromisos específicos y sus directrices orientan al resto de los apartados del art. VI.

El objetivo principal del primer párrafo del art. VI es asegurarse de que los prestadores extranjeros del servicio no sean impedidos en su actividad por la administración arbitraria o parcial de reglamentaciones nacionales que afectan al comercio de servicios en los sectores donde se han realizado compromisos específicos. Conforme a la jurisprudencia del art. X:3 a) del GATT, el art. VI:1 requeriría que los Miembros observen los sonados principios reguladores de la consistencia y de la previsibilidad al administrar de manera uniforme su reglamentación nacional⁵⁵.

Se analizan a continuación los principales elementos de esta previsión, incluidos el ámbito de aplicación cubierto por el art. VI:1, y el significado de los términos “medidas de aplicación general” y “administración de la medida”. Luego se revisan las características de debido proceso que se exigen de conformidad con el art. VI:1, es decir, la administración razonada, objetiva e imparcial de las medidas relacionadas con el CIS.

1. El ámbito de aplicación y limitación a sectores en los cuales se hayan contraído o se contraigan compromisos específicos

La prescripción de buena administración del art. VI:1 se aplica de manera diferente que su análoga en el ámbito de las mercancías, que es el art. X:3 a) del GATT⁵⁶, ya que en el AGCS cubre medidas de aplicación general, de forma diferenciada para cada Miembro, donde se hayan realizado listados de compromisos⁵⁷. Como comentan MITCHELL Y VOON, el cumplimiento de la condición del art. VI:1 de que se aplique a sectores en los que se hayan realizado compromisos específicos, dependerá de la correcta interpretación de los listados de compromisos específicos de

⁵⁴ Vid. KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 168.

⁵⁵ Vid. Informe del Grupo Especial, *Argentina — Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados*, (Argentina — Pieles y cueros), Doc. WT/DS155/R, WT/DS155/R Corr.1, 16 de febrero de 2001, párr. 11.83.

⁵⁶ El art. X:3 a) del GATT y el art. VI:1 contienen disposiciones que cumplen la misma función. En el asunto *CE – Camarones*, el OA sostuvo que el art. X:3 a) incorporaba en el Acuerdo de la OMC principios de derecho administrativo como el “debido proceso”. Según DELIMATISIS sirve para propósitos de debido proceso, con respecto a la administración de las regulaciones nacionales. Por ende “*the requirement of uniform, impartial, and reasonable administration in the GATT would be construed as covering an identical range of issues to the objective, impartial, and reasonable administration in the GATS*”. En este mismo sentido, el art. 6 del Documento de Referencia en Telecomunicaciones Básicas establece que “Todo procedimiento para la asignación y utilización de recursos escasos... se llevará a la práctica de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria”. Vid. DELIMATISIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 19.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 19.

los Miembros, tarea que puede ser difícil en la práctica⁵⁸. Adicionalmente la interpretación de “sectores con compromisos específicos” debe ser restrictiva y debe limitarse la aplicación del art. VI:1 al determinado subsector que se ha comprometido y/o a las limitaciones del modo que se haya realizado⁵⁹.

2. El alcance de la obligación: medidas de aplicación general que afectan al comercio de servicios

Existe sin embargo cierta incertidumbre sobre el significado exacto de la expresión “medidas de aplicación general”, en tanto que el AGCS no define qué es una medida de aplicación general⁶⁰ y en el art. VI:4 se hace referencia solamente al término “medida”⁶¹ y no al de medida de aplicación general. Si bien el AGCS no contiene el significado de la expresión “de aplicación general”, en el párrafo a) del artículo XXVIII se define el término “medidas”. De conformidad con esta definición, es cualquier medida adoptada por un Miembro, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma.

Esta definición es similar a la interpretación realizada por el OA respecto a la medida que puede ser examinada como tal por los órganos adjudicatarios de la OMC, indicando que constituye “cualquier acto u omisión atribuible a un Miembro, que puede incluir leyes, reglamentaciones, *rules*, procedimientos, decisiones, y acciones administrativas u otra forma”⁶². El término de medidas “de aplicación general” se menciona en las siguientes tres disposiciones del AGCS: el párrafo 1 del artículo III, el párrafo 4 del artículo III y el párrafo 1 del artículo VI. Tanto en estas disposiciones como en varias de otros Acuerdos de la OMC la expresión “de aplicación general” se vincula

⁵⁸ Vid. MITCHELL, A. D. Y VOON, T., “Reasonableness, impartiality and objectivity”, en LIM, A. H. Y DE MEESTER, B. (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014, pp. 65-78, en p. 69; MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, The Netherlands, Kluwer, Law & Business, 2010, p. 273; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, cit., párr. 158 ss.; Informe del Órgano de Apelación, *China — Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, (China — Publicaciones y productos audiovisuales), Doc. WT/DS363/AB/R, 21 de diciembre de 2009, párr. 228-412.

⁵⁹ Vid. KRAJEWSKI, M., “Article VI GATS”, *op. cit.*, p. 169. A diferencia de lo que parece señalar MUNIN, quien afirma que “*Due to this language this obligation would apply to measures that were not included in the specific commitment, if they belong to a sector in which specific commitments were undertaken, and even if the scope of commitment taken in this sector is minimal*”. Vid. MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, *op. cit.*, p. 273.

⁶⁰ Vid. también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, “*Medidas de Aplicación General*” en los Acuerdos de la OMC, Doc. S/WPDR/W/47, 2012, cit.

⁶¹ Ver en el cap. III el apartado sobre “Medidas que afectan al comercio de servicios”, en la revisión del art. II del AGCS, p. ...?

⁶² Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Examen por extinción de los derechos antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistentes a la corrosión procedentes del Japón*, (Estados Unidos — Examen por extinción: acero resistente a la corrosión), Doc. WT/DS213/R/AB, 14 de agosto de 2003, párr. 81.

principalmente a ciertas obligaciones de transparencia⁶³, y sigue el modelo de las prescripciones en materia de publicación del art. X:1 y X:2 del GATT de 1994.

Las “medidas de aplicación general” se refieren a las regulaciones o reglamentaciones nacionales que no se ocupan de situaciones concretas, sino únicamente de las medidas que afectan a un número no identificado de operadores económicos⁶⁴. Los órganos adjudicatarios de la OMC dieron su interpretación de “medida de aplicación general” al examinar el art. X del GATT, indicando que la medida de aplicación general incluye a aquellas que afectan a un número indeterminado de operadores, incluyendo productores nacionales y extranjeros, y puede tratarse también de una medida que afecte a un país específico.⁶⁵ Por ende las decisiones administrativas y decisiones de diferentes tribunales generalmente no están cubiertas por el art. VI, en tanto que las leyes de carácter general y reglamentos sí están cubiertos⁶⁶.

⁶³ La expresión "de aplicación general" figura también en los párrafos 1 y 2 del artículo X del GATT de 1994; en el párrafo 1 del artículo 63 del Acuerdo sobre los ADPIC; en el artículo 12 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana; en el artículo 1, los párrafos a) y g) del artículo 2, el párrafo e) del artículo 3, y el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo sobre Normas de Origen, así como en los párrafos 2, 3 a), 3 c) y 4 de su Anexo II; y en el párrafo 1 del artículo XIX del Acuerdo sobre Contratación Pública.

⁶⁴ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales*, (Estados Unidos – Ropa Interior), Doc. WT/DS24/R, 8 de noviembre de 1996, párr. 7.65; ROSEMAN, D., "The WTO and telecommunications services in China: three years on", *Info - The journal of policy, regulation and strategy for telecommunications*, vol. 7, 2005, pp. 25-48, p. 21.

⁶⁵ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*, (CE — Productos Avícolas), Doc. WT/DS69/AB/R, 13 de julio de 1998, párr. 111 y 113. En ese asunto CE – *Productos avícolas*, los órganos resolutorios confirmaron el significado de “aplicación general”. Brasil alegaba que la CE debería haber facilitado información respecto “a un envío determinado”, relacionada con las licencias de importación impuestas por las Comunidades Europeas sobre determinados productos de aves de corral, lo que no es una medida de aplicación general al tratarse de una transacción específica. Además el OA sostuvo que “no cabe considerar que el trato concreto dado a cada envío constituya una medida "de aplicación general" en el sentido del artículo X. (...)”, si bien es cierto que, como sostuvo el Brasil, cualquier medida de aplicación general habrá de aplicarse siempre en casos específicos. Por lo que no se estaría violando el art. X:1 del GATT. Vid. también Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente originarios del Japón*, (Estados Unidos - Acero laminado en caliente), Doc. WT/DS184/R, 28 de febrero de 2001, párr. 7.268. En el asunto CE – *Determinadas cuestiones aduaneras*, el Grupo Especial, examinando el significado específico del término “general” y “aplicación”, consideró que "las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general", a las que se refiere el párrafo 1 del artículo X del GATT de 1994, se aplican a una serie de situaciones o casos y no se reducen a un ámbito de aplicación limitado. Vid. Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas — Determinadas cuestiones aduaneras*, (CE — Determinadas cuestiones aduaneras), Doc. WT/DS315/R, 13 de noviembre de 2006, párr 7.116.

⁶⁶ En este mismo sentido en el más reciente asunto *China - Materias primas*, el Grupo Especial también constató que una serie de medidas era "de aplicación general" de conformidad con el art. X:1 del GATT. Se fundamentó de diferente manera dependiendo del tipo de medida o grupo de medidas, dependiendo del caso, que eran de aplicación general ya que estas medidas “afectan a todas las empresas que desean exportar coque, bauxita, espato flúor y carburo de silicio en el marco del contingente. Ninguna de las medidas de que se trata se refiere únicamente al trato concedido a determinadas empresas o determinadas expediciones", que "afecta a cualquier empresa que desee exportar el contingente de cinc; por lo tanto, cumple el criterio de "aplicación general" y que "podía afectar al comercio y a los comerciantes, incluida una amplia variedad de operadores económicos nacionales y extranjeros, en particular, a las 'actividades comerciales' de las empresas pertenecientes a las amplias ramas de producción de metales, minerales y productos químicos". Vid. Informe de Grupo Especial, *China — Medidas relativas a la exportación de*

Los órganos resolutorios de la OMC también han aceptado la posibilidad de que las “medidas de aplicación general” abarquen medidas adoptadas en supuestos concretos cuando en esas disposiciones se establezcan o revisen principios o criterios susceptibles de aplicación en otros casos futuros. En el caso *Japón – Películas*, el Grupo Especial se pronunció respecto de las disposiciones administrativas relativas a la distribución, la oferta para la venta y la venta en el mercado interno de película y papel fotográficos de consumo importados. Constató que Estados Unidos no había demostrado que el Japón no hubiera publicado disposiciones administrativas de aplicación general⁶⁷. En este caso EEUU no demostró que se tratara de disposiciones administrativas sobre cuestiones singulares, en las que se establezcan o revisen principios susceptibles de aplicación en casos futuros⁶⁸. Por lo que no se demostró una violación del art. X:1 del GATT.

Respecto al término “afectar” en relación al CIS, su significado es clave para determinar el alcance del art. VI:1; para determinar si la administración de la medida está sometida a esta disposición se debe determinar si afecta al comercio de servicios. El término se analizó en consideración a su significado corriente en el caso *CE – Banano III*, el OA señaló que la expresión “que afecten” implica que una medida tiene “un efecto sobre” el CIS, reflejando la intención de los redactores de dar al AGCS un amplio alcance. Se le da un sentido amplio a la palabra “afectar”, el OA señaló también que esta interpretación se refuerza por las conclusiones de grupos especiales que señalaron en el contexto del art. II del GATT de 1947 que el término “que afecte” tenía un alcance más amplio que equiparándolo a “regular” o gobernar⁶⁹. Si bien el art. XXVIII c) del AGCS señala varias medidas adoptadas por los Miembros que afectan al comercio de servicios, indicando que éstas son medidas “referentes a: ...”⁷⁰ el OA concluyó que esta disposición no limita

diversas materias primas, (China — Materias primas), Doc. WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 de julio de 2011, párr. 7.772-7.804 y 7.1098, respectivamente.

⁶⁷ Informe del Grupo Especial, *Japón — Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*, (Japón — Películas), Doc. WT/DS44/R, 31 de marzo de 1998, párr. 10.388, adoptado el 22 April 1998 y no apelado.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 10.401. El Grupo Especial sostuvo: “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”.

⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de bananos*, (CE — Banano, III), Doc. WT/DS27/AB/R, 9 de septiembre de 1997; párr. 220. Lo que se reafirmó en el Informe del Grupo Especial, *China Medidas que afectan a los pagos electrónicos* WT/DS413/R, párr. 7.681; Informe del Órgano de Apelación, *Canadá — Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, (Canadá — Automóviles), Doc. WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, 31 de mayo de 2000, párr. 158.

⁷⁰ Art. XXVII c): “medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios” abarca las medidas referentes a: i) la compra, pago o utilización de un servicio; ii) el acceso a servicios que se ofrezcan al público en general por prescripción de esos Miembros, y la utilización de los mismos, con motivo del suministro de un servicio; iii) la presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un Miembro en el territorio de otro Miembro para el suministro de un servicio.

“el significado de las palabras 'que afecten' al de las palabras 'referentes a’”, por lo que podrían incluirse otras medidas⁷¹.

Según ZACHARIAS, la interpretación del OA de la expresión “afectar al comercio de servicios” al analizar el art. I del AGCS podría significar en la práctica que las medidas no-finales o indirectas estarían también sujetas al marco del AGCS⁷². Por otro lado, en el marco del art. VI:1, que una medida afecte al comercio de servicios no implica necesariamente que exista una intención del regulador que así sea, por lo que, como señala KRAJEWSKI, podrían incluirse en este marco regulaciones que hayan sido creadas expresamente para regular la prestación de servicios en el ámbito interno o para regular los bienes, si es que en la práctica afectan al CIS⁷³.

3. La administración de la medida de aplicación general vs. el contenido sustantivo de la medida

Varios acuerdos de la OMC reconocen la importancia que tiene la forma en que las regulaciones nacionales son aplicadas, lo que puede en algunos casos tener tanta significancia como la sustancia de la medida en sí misma. En este sentido, la garantía de una aplicación uniforme, imparcial y razonable de la medida se convierte en una de las condiciones necesarias para garantizar la transparencia de los acuerdos comerciales⁷⁴. En el art. VI.1 se plasma este desarrollo en el contexto de la regulación del CIS, estableciendo una obligación a los Miembros respecto del aspecto formal o la forma como es administrada la medida. En este sentido, las medidas de aplicación general que afectan por sí mismas al CIS (es decir tomando en consideración el contenido sustantivo de la medida) no tendrían que cumplir los requisitos que impone el art. VI:1 respecto a ser objetivas, imparciales, o razonables⁷⁵.

⁷¹ Informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de bananos*, (CE — Banano, III), Doc. WT/DS27/R/ECU; WT/DS27/R/GTM; WT/DS27/R/HND; WT/DS27/R/MEX; WT/DS27/R/USA, 22 de mayo de 1997, párr. 7.280.

⁷² ZACHARIAS, D., "Article I GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 31-70, en p. 45. Ver el análisis de este término en el marco del art. I del AGCS, realizado en el Capítulo Tercero.

⁷³ KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 169.

⁷⁴ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE COMERCIO E INVERSIONES, *Transparencia*, Nota de la Secretaría, Doc. WT/WGTI/W/109, 27 de marzo 2002, párr. 1. Para garantizar la "transparencia" de los tratados comerciales internacionales son precisas generalmente tres condiciones fundamentales: 1) hacer accesible al público la información relativa a las leyes, reglamentos y otras medidas de política pertinentes; 2) notificar a las partes interesadas las leyes y reglamentos, así como sus modificaciones, y 3) garantizar que las leyes y los reglamentos se aplican de manera uniforme, imparcial y razonable. Las obligaciones en materia de transparencia que impone la OMC suelen ser más importantes -y más detalladas- en esferas en que las normas de aplicación general son más débiles y el margen de discrecionalidad en la actuación gubernamental es mayor. En esferas como la contratación pública, las licencias de importación, los obstáculos técnicos al comercio y muchas otras.

⁷⁵ *Vid.* DELIMATIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.* *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, CE — Banano III, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, párr. 197. Señala que del art. 1:3 del Acuerdo sobre Licencias “se desprende inequívocamente que este precepto se refiere a la *aplicación y administración* de los procedimientos... no requiere que las propias *reglas* del régimen de licencias de importación sean neutrales,

El Grupo Especial en la disputa *EEUU – Juegos de Azar* confirmó que el art. VI:1 disciplina únicamente el aspecto formal y no el contenido sustantivo de la medida de aplicación general, es decir solo la administración de estas medidas. En opinión del GE “el párrafo 1 del artículo VI no concierne a las medidas de aplicación general en sí mismas, sino a la *administración* de esas medidas”, y señala también que el art. VI:1 establece disciplinas que afectan al procedimiento⁷⁶. Cabe considerar también para el análisis del art. VI:1 la decisión del OA en el régimen de las mercancías del asunto *CE — Banano III*, donde se señaló que “las obligaciones previstas en el párrafo 3 a) del artículo X se refieren a la “aplicación” de las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas”⁷⁷.

Respecto a lo que debe entenderse por aplicación de la medida en el contexto del art. X:3 a), el OA señaló que el término "aplicar" del párrafo 3 a) del artículo X alude a dar efecto práctico o aplicar un instrumento jurídico a que se refiere el párrafo 1 del art. X (es decir, las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general concernientes a las materias objeto de esa disposición)⁷⁸. En el asunto *EEUU – EPO* el Grupo Especial concluyó que Canadá había identificado correctamente el acto de aplicación de la medida sobre prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen. En este caso el acto de administración es la carta del Secretario Vilsack a la industria, ya que es el medio de “poner efectivamente en práctica, o aplicar” la Norma definitiva de 2009 (AMS) y las disposiciones jurídicas subyacentes⁷⁹. Por lo que la emisión de la carta de Vilsack está comprendida en el alcance del término ‘aplicar’ del art. X:3 a)⁸⁰.

justas y equitativas”. *Vid.* también el Informe del Grupo Especial, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/R, *cit.*, párr. 7.112.

⁷⁶ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.432. El Grupo Especial opina que el párrafo 1 del artículo VI no concierne a las medidas de aplicación general en sí mismas, sino a la *administración* de esas medidas. El párrafo 3 del artículo VI impone obligaciones en materia de transparencia y garantías procesales por lo que respecta a la tramitación de las solicitudes de autorización para suministrar en un sector respecto del cual se ha contraído un compromiso específico. Por consiguiente, los párrafos 1 y 3 del artículo VI establecen disciplinas que afectan al procedimiento. *Vid.* también DELIMATSI, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 19.

⁷⁷ En referencia al art. X:3 a) del GATT el OA arribó esta conclusión el Informe del Órgano de Apelación, *CE — Banano III*, Doc. WT/DS27/AB/R, *cit.*, párr. 200; ver también el Informe del Órgano de Apelación, *CE — Productos Avícolas*, Doc. WT/DS69/AB/R, *cit.*, párr. 115.

⁷⁸ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Determinadas cuestiones aduaneras*, (*CE — Determinadas cuestiones aduaneras*), Doc. WT/DS315/AB/R, 13 de noviembre de 2006, párr. 224. El OA convino en este sentido con el Grupo Especial. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/R, *cit.*, párr. 7.104. Por tanto, el OA señaló que lo que tiene que ser uniforme es la *aplicación* de un instrumento jurídico -medida- pero no los procesos conducentes a decisiones administrativas ni los instrumentos que pudieran utilizarse en ejercicio de las actividades administrativas. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/AB/R, *cit.* párr. 224.

⁷⁹ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, (*Estados Unidos — EPO*), Doc. WT/DS384/R, WT/DS386/R, 18 de noviembre de 2011, párr. 7.816-7.817.

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 7.830.

Si bien es cierto que el art. VI:1 se ocupa de disciplinar la administración de la medida o el cómo de su aplicación y no se ocupa de los aspectos sustanciales de una medida, esta distinción parece no estar del todo clara si se consideran algunas otras decisiones adoptadas por el OSD. En particular, respecto al art. X del GATT se ha señalado que la medida podría ser analizada en virtud de su sustancia, estipulando para ello ciertas condiciones.

En este sentido, en el asunto *Comunidades Europeas – Determinadas Cuestiones Aduaneras* el OA confirmó que el contenido sustantivo de un instrumento jurídico que no es de carácter administrativo no puede ser reclamado bajo el art. X 3 a)⁸¹, pero adicionalmente y en contradicción con lo observado por el Grupo Especial, señaló que no se excluye la posibilidad que se pueda impugnar al amparo del art. X: 3 “un instrumento jurídico que regule la aplicación o implementación de ese instrumento jurídico” (*como las disposiciones penales y procesos de auditoría*), siempre y cuando se den ciertas condiciones⁸². La primera condición es que la medida en cuestión sea administrativa en naturaleza⁸³, esto es siempre y cuando el instrumento regule la aplicación o implementación de leyes, regulaciones, decisiones y actos administrativos del tipo descrito bajo art. X:1 del GATT. La segunda condición es que se demuestre que las características de estas medidas necesariamente conducen a la falta de la aplicación uniforme, imparcial o razonable del último instrumento legal sustantivo⁸⁴. En este caso es necesario que el reclamante proporcione pruebas que demuestren la relación causal entre este instrumento y la administración no uniforme, imparcial, o no razonable del instrumento jurídico. Por ejemplo mediante actos específicos de administración⁸⁵.

Según KRAJEWSKI la aplicación de esta situación en el ámbito del art. VI se daría por ejemplo en el caso que una regulación administrativa general requiera que las autoridades regulatorias procesaran las solicitudes de nuevas licencias para proveedores de servicios ya

⁸¹ *Vid. Informe del Órgano de Apelación, CE — Determinadas cuestiones aduaneras, Doc. WT/DS315/AB/R, cit.*, párr. 199: “como el párrafo 3 a) del artículo X establece disciplinas sobre la *aplicación* de los instrumentos jurídicos a que se refiere el párrafo 1 del artículo X, las alegaciones concernientes al *contenido sustantivo* de esos instrumentos jurídicos del párrafo 1 del artículo X quedan fuera del ámbito de aplicación del párrafo 3 a) del artículo X.

⁸² *Ibid.*, párr. 200.

⁸³ Ver el caso Informe del Grupo Especial, *Argentina — Pieles y cueros*, Doc. WT/DS155/R , WT/DS155/R Corr.1, *cit.*, párr. 11.70-11.71. La CE reclamó el incumplimiento del art. X:3 a) del GATT (que impone la obligación de aplicar de manera uniforme e imparcial las leyes y reglamentos) en la medida en que el personal nombrado por la Cámara Argentina de la Industria del Curtido estaba autorizado a prestar asistencia a las autoridades aduaneras. El Grupo Especial señaló que el contenido sustantivo de una medida puede en todo caso ser cuestionado en el marco de una disposición sobre reglamentación, a condición de que la medida sea administrativa en naturaleza. El panel observó también que si en el caso que no pudiera impugnarse el contenido sustantivo de una norma que es de naturaleza administrativa, no se ve claramente qué podría entonces impugnarse al amparo del art. X.

⁸⁴ *Vid. Informe del Órgano de Apelación, CE — Determinadas cuestiones aduaneras, Doc. WT/DS315/AB/R, cit.*, párr. 200-201, 226. Señaló también que la simple enumeración de las características de un proceso administrativo no bastaría para sostener una alegación, párr. 225.

⁸⁵ *Ibid.*

establecidos en 15 días y las solicitudes de nuevos proveedores en 30 días, el contenido de esta medida puede ser revisada en virtud del art. VI:1, en tanto que esta conduzca a una falta de imparcialidad en la administración de los requisitos de licencias⁸⁶.

La decisión del OA en el asunto *Comunidades Europeas — Determinadas cuestiones aduaneras* ha sido cuestionada por la doctrina. Según algunos autores esta decisión otorga un contenido amplio al término “administración”, lo que permitiría que pueda cuestionarse por el art. X:3 a) la sustancia de una medida que es administrativa en naturaleza, lo que podría aplicarse a la interpretación del art. VI:1 del AGCS⁸⁷. Se ha señalado también que la interpretación adoptada por el Grupo Especial en este caso parece reflejar mejor el significado y espíritu del art. X:3 a) y que la distinción que propuso el OA desfigura la distinción necesaria entre la sustancia de una medida y su administración. Según DELIMATIS, el análisis que realiza el OA del art. X:3 a) parece implicar que esta disposición incluye una prueba de la uniformidad, de razonabilidad o de objetividad de la precisa sustancia (“*very substance*”) de numerosas medidas de reglamentación nacional que regulan la aplicación o implementación de las medidas señaladas en art. X:1. Se considera que el art. X:3 a) (tal como lo hace el art. VI:1 del AGCS) solamente examina “*the manner of administration of the measures at stake*”⁸⁸. MUNIN en este mismo sentido comenta que la opinión del OA podría claramente divergir del sentido del art. X:3, que se aplica a estándares jurídicos, comunes en el derecho administrativo, y se orienta hacia la aplicación de actos administrativos. Ya que en el contexto del derecho administrativo doméstico, las disposiciones penales y procedimientos de auditoría raramente son considerados como actos administrativos⁸⁹.

En el marco de esta investigación, considero que la condición impuesta por el OA en el asunto *Comunidades Europeas — Determinadas cuestiones aduaneras* para poder impugnar el contenido sustantivo de un instrumento jurídico que regula la aplicación de un instrumento jurídico a que se refiere el párrafo 1 del artículo X, no necesariamente tendría que interpretarse como un requerimiento de prueba respecto de la sustancia de una medida de reglamentación nacional. Lo que señala el OA es que se requiere que el reclamante proporcione pruebas de cómo y por qué esas características de la medida dan lugar necesariamente a una falta de aplicación uniforme, imparcial o razonable del instrumento jurídico a que se refiere el párrafo 1 del art. X. Lo que se debe demostrar entonces es “la relación causal entre este instrumento y la administración no uniforme, imparcial, o no razonable del instrumento jurídico”. En otras palabras se debe probar cómo y por

⁸⁶ Vid. KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 170.

⁸⁷ Vid. MITCHELL, A. D. Y SHEARGOLD, E., "Global Governance: The World Trade Organization's Contribution", *Alberta Law Review*, vol. 46 no. 4, 2009, pp. 1061-1080, p. 11; ver también MITCHELL, A. D. Y VOON, T., "Reasonableness, impartiality and objectivity", *op. cit.*, pp. 71-72, 76-77.

⁸⁸ Vid. DELIMATIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 23-24; DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 101.

⁸⁹ Vid. MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, *op. cit.*, p. 274.

qué el contenido sustancial del instrumento que regula la aplicación de la medida ha conducido a la aplicación inadecuada o inadmisibles del instrumento jurídico a que se refiere el párrafo 1 del artículo X. No es necesario probar la irregularidad de la medida en sí misma. En este sentido, la sustancia de la medida, que es administrativa en naturaleza, aportaría solamente una guía para entender el significado del requerimiento específico de la medida⁹⁰.

Adicionalmente a esta apreciación, cabe señalar que en recientes casos ha emergido nuevamente la posibilidad de que el art. X:3 a) del GATT (y potencialmente el art. VI:1 del AGCS) se ocupen de los aspectos sustantivos de debido proceso, esto es de la sustancia misma de las decisiones administrativas. En este sentido MITCHELL Y VOON hacen referencia a las disputas *China – Materias primas y Estados Unidos – EPO*⁹¹.

En el asunto *China – Materias Primas*, el Grupo Especial señaló que el reclamante debe identificar las características de la administración que llevan necesariamente a la inconsistencia del art. X 3 a), lo que se debe alcanzar demostrando que “representan un importante riesgo muy real para los intereses de las partes pertinentes”..., que el reclamante demuestre que “las características del proceso administrativo representan un riesgo muy real de aplicación no uniforme, parcial e irrazonable⁹². Se constató que la aplicación de las normas Chinas sobre asignación de contingentes de exportación se realiza de una manera no razonable y no uniforme. Debido a la “inexistencia de una definición del criterio de la capacidad de explotación y de directrices o normas sobre la manera en que debe aplicarse”, lo que representa un riesgo muy real para los intereses de las partes pertinentes⁹³. Las constataciones del Grupo Especial parecen adentrarse en valoraciones relacionadas con la arbitrariedad de la medida y como sugieren MITCHELL Y VOON limitan la discrecionalidad del proceso legislativo⁹⁴. El OA sin embargo declaró superfluas y carentes de

⁹⁰ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/R, WT/DS386/R cit., párr. 7.833, informe no apelado en este sentido.

⁹¹ Vid. MITCHELL, A. D. Y VOON, T., "Reasonableness, impartiality and objectivity", *op. cit.*, p. 76.

⁹² Vid. Informe del Grupo Especial, *China — Materias primas*, Doc. WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, *cit.*, párr. 7.708 y Informe del Órgano de Apelación, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/AB/R, *cit.*; párr. 201.

⁹³ Vid. Informe del Grupo Especial, *China — Materias primas*, Doc. WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, *cit.*, p. 7.752, 7.756.

⁹⁴ Vid. MITCHELL, A. D. Y VOON, T., "Reasonableness, impartiality and objectivity", *op. cit.*, p. 76. En palabras de los autores “*The panel approach suggests limits to the amount of unbridled, unguided discretion that may be granted to a decision-maker (say authorizing the supply of services)*”.

efectos jurídicos las constataciones formuladas por el Grupo Especial respecto del criterio de la capacidad de explotación por motivos de fallos en el procedimiento⁹⁵.

En el asunto *EEUU – EPO* se volvió a considerar que debe realizarse un examen de las circunstancias fácticas “propias” de cada caso, para la determinación de si un acto de aplicación puede considerarse “reasonable”. Haciendo referencia a que es necesario el examen de las características del acto administrativo en cuestión, a la “luz de su objetivo causa o fundamento”⁹⁶. El Grupo Especial concluyó que existía una administración no razonable mediante una carta del secretario de agricultura de los EEUU, la carta hacía referencia a una norma de implementación sobre etiquetado de carne, sin embargo recomendaba que la industria voluntariamente adoptara ciertas prácticas que eran más estrictas que las prácticas requeridas bajo la regulación, de acuerdo con el Grupo Especial, no hay razón justificada para que exista esta discrepancia y tal confusión⁹⁷.

Estos fundamentos sugieren el interés del Grupo Especial, en el contexto de la valoración del art. X, al reclamar una relación con la sustancia del rol de la administración y en las razones de administrar una medida en una manera determinada por parte de los legisladores y reguladores.

El análisis de la jurisprudencia lleva a constatar una cierta discrepancia, que en todo caso parece hacer menos clara la distinción entre el aspecto sustantivo de la medida y su administración o el aspecto formal de la misma. Si bien el enfoque del Grupo Especial respecto al art. VI:1, en el asunto *EEUU – Juegos de azar* confirmó que se refiere a la administración de esta medida⁹⁸, la referencia a los asuntos relacionados con el art. X:3 del GATT y en particular los casos recientes examinados, reflejan que el enfoque de lo que es la administración uniforme, imparcial y razonada, podría llegar a incluir en ciertos casos aspectos sobre el contenido sustantivo de la medida. Sin embargo, a la luz de esta decisión, la adopción de aplicar esta interpretación del marco del GATT en el contexto del AGCS no está automáticamente descartada. Esto lleva a la cuestión importante de si una valoración de la razonabilidad es una cuestión de hecho como es generalmente visto en otras ramas del derecho. Si este es el caso en el contexto de los procedimientos ante el GE de la OMC, tendría implicación para el alcance de cualquier apelación.

En todo caso, tal como se ha confirmado en el asunto *China – Servicios de pago electrónico*, los Miembros, en este caso China, tienen el derecho a reglamentar con respecto al suministro de servicios con el fin de realizar los objetivos de su política nacional, incluida la posibilidad de

⁹⁵ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *China — Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, (China — Materias primas), Doc. WT/DS394/AB/R, 30 de enero de 2012, párr. 235, *constataron* que el Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.”

⁹⁶ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/R, WT/DS386/R *cit.*, 7.850-7.851

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 7.859.

⁹⁸ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.432.

imponer criterios prudenciales para las autorizaciones de suministro. El art. VI, en particular el art. VI:1, confirma que esta facultad se mantiene en los sectores donde se hayan contraído compromisos específicos. Los Miembros están sujetos a ciertas disciplinas en la aplicación de las medidas de aplicación general que afecten al CIS, de debido proceso y buena administración. Pero con sujeción a estas disciplinas pueden aplicar medidas varias, tales como entre otras, prescripciones no discriminatorias en materia de licencias y títulos de aptitud y normas técnicas⁹⁹.

4. Las características de debido proceso que se exigen de conformidad con el art. VI:1

El art. VI:1 requiere que la administración de las medidas de aplicación general sea de una manera razonada, objetiva e imparcial¹⁰⁰. Como se ha revisado arriba, estos conceptos incorporados en el marco de la OMC pueden ser considerados como principios derivados del debido proceso o justicia procesal y están relacionados con la buena administración de las regulaciones y en este caso son utilizados desde el punto de vista formal de las regulaciones¹⁰¹. Estas nociones aparecen también en otras disposiciones de AGCS como por ejemplo en el art. VI:2 que establece la revisión de las decisiones administrativas que afecten al comercio de servicios, y cuando tales procedimientos no sean independientes del organismo que haya realizado la decisión administrativa, señala que los Miembros deben asegurar que se realice una “revisión objetiva e imparcial del proceso”¹⁰².

Este estudio toma en cuenta especialmente la interpretación realizada del art. X:3 a) del GATT (y de las obligaciones que derivan), lo cual constituye el contexto relevante del art. VI:1¹⁰³. Como

⁹⁹ Vid. Informe del Grupo Especial, *China — Determinadas medidas que afectan a los servicios de pago electrónico*, (*China — Servicios de pago electrónico*), Doc. WT/DS413/R, 16 de julio de 2012, párr. 7.569. Los párrafos 1 y 5 del artículo VI del AGCS confirman asimismo que, incluso en los sectores en que un Miembro de la OMC haya contraído compromisos específicos, ese Miembro puede, con sujeción a determinadas disciplinas, recurrir a medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios.

¹⁰⁰ Está relacionado con los tres elementos del debido proceso de: *nemo iudex in causa sua* (un juez o quien toma una decisión no puede decidir en un proceso en el que tenga intereses, o también requisito de imparcialidad); *audi alteram partem* (es el principio de contradicción, implica el derecho de las partes de ser oído de una manera justa, ambas partes en un proceso deben ser oídas, y a constatar la evidencia que tienen; y la *regla de la no evidencia*, que requiere que las decisiones estén basadas en evidencia probada lógicamente y no solamente en especulaciones o sospechas.

¹⁰¹ Vid. supra, p. 40 de este Capítulo Cuarto. Ver respecto a la incorporación de estos principios en el art. X:3 a) del GATT, vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, (Estados Unidos — Camarones), Doc. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párr. 183. En un sentido más amplio ver CASSESE, S., "A Global Due Process of Law", en ANTHONY, G., AUBY, J. B., et al. (eds.), *Values in global administrative law*, Oxford, Hart, 2011, pp. 17-60.

¹⁰² Vid. MITCHELL, A. D. Y VOON, T., "Reasonableness, impartiality and objectivity", *op. cit.*, p. 65-66. Revisar el art. VI:3 que requiere a los Miembros tomar las decisiones “dentro de un periodo de tiempo razonable”. Ver también el Anexo en Telecomunicaciones Básicas. Sección 5 a) y 5 b), en el documento de Referencia sobre Telecomunicaciones Básicas.

¹⁰³ También puede ser relevante los casos relacionados con los requerimientos de ESD relacionados con el debido proceso, como por ejemplo el art. ¡! que requiere que los Grupos Especiales de la OMC hagan una valoración objetiva de las cuestiones planteadas, incluida una valoración objetiva de los hechos del caso y de la aplicabilidad o conformidad con los acuerdos relevantes cubiertos, y otras disposiciones de los arts.

ya se ha apuntado, existe una semejanza entre estos dos artículos, los requisitos que contiene son casi idénticos, pero el alcance de cada uno es distinto¹⁰⁴.

Los criterios del Art. VI:1 están vinculados a la lógica del debido proceso al igual que el art. X:3 a) GATT, respecto de este último el Grupo Especial consideró que “la aplicación debe ajustarse a determinadas normas mínimas de un procedimiento con las debidas garantías”, también consideró que estas debidas garantías incluyen nociones tales como información, transparencia, justicia y equidad¹⁰⁵. En este mismo sentido el OA declaró que el art. X:3 del GATT “establece determinadas normas mínimas de transparencia y equidad procesal en la administración de las reglamentaciones comerciales”¹⁰⁶. Por lo que las características de objetividad, razonabilidad e imparcialidad de la administración de la medida en el sector de los servicios, requeridas de conformidad con el art. V:1, deberían igualmente adherirse a los estándares mínimos del debido proceso.

El art. VI:1 señala que las medidas de aplicación general serán administradas de manera razonable, objetiva e imparcial. Esto implica que deben cumplirse todos estos requisitos durante la administración y que el reclamante podrá invocar cada uno de ellos de manera conjunta o independiente. Al igual que lo señalado en el asunto *Argentina – Pieles y cueros*, aquí el Grupo Especial indicó que estos requisitos son jurídicamente independientes y que se deben cumplir estos tres criterios por separado. Si se constata la existencia de una infracción de cualquiera de las tres obligaciones, ello constituiría una infracción de las obligaciones previstas en el párrafo 3 a) del artículo X¹⁰⁷. Recientemente, en el asunto *CE – Determinadas cuestiones aduaneras*, Estados

8.3, 12.4 y 17.12 del ESD. Son incluso más relevantes las disposiciones de los acuerdos sobre *trade remedies*, sobre la imposición de medidas de antidumping, de salvaguardia (*subsidies*) o *countervailing* (antisubsidio). El acuerdo de Medidas de Salvaguardia establece así que las partes interesadas tengan la oportunidad de presentar la evidencia (art. 12.1), así como la obligación de dar fundamentos para la imposición de *duties and countervailing* (art. 22.5) y mantener procedimientos adecuados para la pronta revisión de acciones administrativas (art. 23). También existen disposiciones similares en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual con respecto a procesos de toma de decisiones de los derechos de propiedad y en la revisión de dichas decisiones. *Ibid.*, p. 73-74.

¹⁰⁴ A la vez el alcance del art. VI parece variar del art. X en tanto que el art. X solamente se aplica a algunas medidas específicas, el art. VI se aplica a las medidas que afectan al comercio de servicios. Desde otra perspectiva, el art. X es más amplio ya que cubre el entero espectro de las regulaciones relacionadas con las mercancías, mientras que el art. VI cubre medidas de aplicación general de sectores con compromisos específicos. *Vid.* DELIMATSI, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 20 y nota 28.

¹⁰⁵ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE – Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/R, *cit.*, párr. 7.134. Sobre la uniformidad ver también *ibid.*, párr. 7.490.

¹⁰⁶ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, Doc. WT/DS58/AB/R, *cit.*, párrs. 181 a 183. En este caso, a juicio del OA estos requisitos de transparencia y equidad procesal no se habían cumplido.

¹⁰⁷ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Argentina – Pieles y cueros*, Doc. WT/DS155/R, WT/DS155/R Corr.1, *cit.* En el asunto *Argentina - Pieles y cueros* el Grupo Especial señaló que las obligaciones de uniformidad, imparcialidad y razonabilidad son jurídicamente independientes, y que los Miembros de la OMC están obligados a cumplir los tres criterios. Ver también el Informe del Grupo Especial, *China – Materias primas*, Doc. WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, *cit.*, párr. 7.685.

Unidos reclamó la violación del art. X:3 del GATT, basando su alegación solamente en que la administración de varias medidas relacionadas con aduanas de la CE no habían sido uniformes. No se revisaron los otros aspectos relacionados con el debido proceso del art. X:3 a). Por tanto, se puede sustentar también que la prueba de su incumpliendo puede ser también de manera independiente, el reclamante puede invocar por ejemplo solamente la falta de uniformidad de la medida y por tanto debe probar solamente esta violación¹⁰⁸. En el caso, sin embargo, de que la reclamación las cubra todas, los órganos resolutorios pueden examinarlos en el orden que juzguen apropiado, sin necesidad de seguir el orden que prevé el art. X:3 a)¹⁰⁹.

Por lo tanto, en el caso del art. VI:1 igualmente el reclamante podrá invocar la violación de uno, varios o cualquiera de los requisitos, sea objetividad, razonabilidad e imparcialidad de la administración de una medida general que afecta al CIS, en un sector donde se hayan realizado compromisos específicos. Inversamente, cuando un Miembro intenta cumplir con sus obligaciones que emanan del art. VI:1, debe asegurarse de que las medidas de aplicación general, que afectan al CIS en los sectores donde existen compromisos específicos, satisfacen cada uno de estos estándares de manera acumulativa¹¹⁰.

Además, una violación del art. VI:1 puede ser el resultado de una conducta positiva, pero puede deberse también a una omisión que en el caso exista, de acuerdo con el listado del Miembro, una obligación de actuar de cierta manera¹¹¹. También se puede afirmar respecto del art. VI:1 que las diferentes nociones que lo integran conllevan algunos conceptos y consideraciones comunes, tal como ha afirmado el Grupo Especial respecto del art. X:3 a)¹¹². Según MAVROIDIS, y tomando en cuenta lo antes señalado, parece haber confusión respecto al punto de referencia usado para

¹⁰⁸ Vid. Informe del Grupo Especial, *República Dominicana — Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, (República Dominicana — Importación y venta de cigarrillos), Doc. WT/DS302/R, 26 de noviembre de 2005, párr. 7.383.

¹⁰⁹ Vid. Informe del Grupo Especial, *Argentina — Piel y cueros*, Doc. WT/DS155/R, WT/DS155/R Corr.1, *cit.*, párr. 11.86. Informe del Grupo Especial, *República Dominicana — Importación y venta de cigarrillos*, Doc. WT/DS302/R, *cit.*, párr. 7.383. Más recientemente, en el Informe del Órgano de Apelación, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/AB/R, *cit.*, párr. 7.33.

¹¹⁰ Vid. Informe del Grupo Especial, *Argentina — Piel y cueros*, Doc. WT/DS155/R, WT/DS155/R Corr.1, *cit.*, párr. 11.86.

¹¹¹ Vid. Informe del Grupo Especial, *República Dominicana — Importación y venta de cigarrillos*, Doc. WT/DS302/R, *cit.*, párr. 7.379. Respecto a la razonabilidad de la administración señaló el Grupo Especial que: “está de acuerdo en que un Miembro puede actuar de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud de los Acuerdos abarcados de la OMC, no únicamente adoptando una determinada conducta positiva, sino también al no adoptar una conducta, es decir, por omisión, cuando la norma pertinente impone la obligación de adoptar una medida específica.”

¹¹² Vid. Informe del Grupo Especial, *China — Materias primas*, Doc. WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, *cit.*, párr. 7.707; Informe del Grupo Especial, *Argentina — Piel y cueros*, Doc. WT/DS155/R, WT/DS155/R Corr.1, *cit.*, párr. 11.86.

determinar si una ley es no razonable o parcial: en todo caso se debe determinar un interés comercial suficiente en ambos casos a fin establecer una violación del art. X¹¹³.

a) *La administración debe ser objetiva*

Este requerimiento parece incorporar elementos de las 3 reglas del debido proceso, *nemo iudex in causa sua*, *audi alteram partem* y la *regla de la no evidencia*, la objetividad de la administración implica que la aplicación de una medida no debe ser arbitraria o parcial. Este requisito de objetividad no está presente en las disposiciones del GATT ya que el art. X:3 a) hace referencia más bien a la uniformidad de la medida y como señala KRAJEWSKI es difícil de afirmar que “uniformidad” y “objetividad” tengan significados idénticos. Esta apreciación difiere de lo que ha argumentado DELIMATSI¹¹⁴, quien señala que los requerimientos de los arts. X:3 a) del GATT y VI:1 del AGCS son en esencia idénticos¹¹⁵. A la diferencia que existe entre estas definiciones se puede agregar que la calificación de “objetividad” se refiere a las circunstancias de una decisión individual, en tanto para la calificación de “uniformidad” se suele necesitar tomar en cuenta más de una decisión, a fin de determinar si su aplicación es consistente y predecible.

El Grupo Especial ha señalado que el trato uniforme significa que "todos los exportadores [...] puedan esperar el mismo trato en momentos y lugares distintos y en comparación con otras personas. La uniformidad de la aplicación requiere que los Miembros se aseguren de que sus leyes se apliquen de forma coherente y previsible"¹¹⁶. También en el contexto del art. X:3 se ha señalado que la uniformidad de la administración implica una aplicación sustancialmente uniforme y no una total uniformidad, las variaciones mínimas de la administración de la medida dentro del territorio de un Miembro no son consideradas como violaciones¹¹⁷.

¹¹³ Vid. MAVROIDIS, P. C., BERMANN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis*, AMERICAN CASEBOOK SERIES, St. Paul, MN, West, 2010, p. 376.

¹¹⁴ Vid. KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 172. Vid. también DELIMATSI, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁵ DELIMATSI argumenta que los requerimientos del art. X:3 a) del GATT y art. VI:1 del AGCS han sido construidos en el sentido que cubre un idéntico rango de cuestiones. Se basa en el caso *CE – Banano III* en donde el OA encontró que el art. X:3 a) es similar al art. 1:3 del Acuerdo de Procedimientos de Licencias de Importaciones (que impone que una medida sea neutral en la aplicación y administrada de una manera justa y equitativa). El OA encontró que para propósitos prácticos estos dos artículos contenían frases intercambiables. Vid. DELIMATSI, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 19, nota al pie 27.

¹¹⁶ Vid. Informe del Grupo Especial, *Argentina — Pielés y cueros*, Doc. WT/DS155/R, WT/DS155/R Corr.1, *cit.*, párr. 11.83.

¹¹⁷ Las variaciones administrativas menores no constituyen una violación del art. X:3 a); si las medidas se aplican de una manera sustancialmente uniforme se consideran en conformidad con esta disposición, *vid.* Informe del Grupo Especial (GATT), *Comunidad Económica Europea – Restricciones en la importación de manzanas de mesa*, (CEE — Manzanas de mesa), Doc. L/6491 - 36S/104, 18 de abril de 1989, adoptado el 22 de junio de 1989, párr. 12.30.

El análisis de la uniformidad de la medida parte de la perspectiva que no existe un concepto único de la uniformidad dentro del significado del art. X:3 a)¹¹⁸, debido a que la forma, la naturaleza y la escala de la administración varía según el caso. Ya que la manera en que la administración en cuestión puede darse también puede ser diversa: puede darse respecto de una disposición legislativa única, específica o alternativamente cualquiera de las dos, o puede relacionarse también con la administración de un sistema entero¹¹⁹. Si se analiza la medida considerando a la misma desde una perspectiva más amplia, se garantiza la aplicación de un estándar de uniformidad más flexible; cuando la formulación es de una manera precisa, puede ser más difícil de satisfacer el requisito de la uniformidad. El requisito del art. X:3 a) no se refiere a una absoluta o instantánea uniformidad, especialmente cuando la medida cuestionada forma parte del marco jurídico de un Miembro grande¹²⁰.

Si bien la administración uniforme también requiere una uniformidad de carácter geográfico¹²¹, no se considera que se incumple el requisito del art. X: 3 a) cuando las regulaciones comerciales del Miembro varían, o tratan a un actor comercial de manera diferente que a otro, solamente por un cierto tiempo y en diversos lugares y con respecto a otro operador comercial. A efectos de determinar la uniformidad de la aplicación de la medida se requiere un examen en relación al posible impacto en la situación de competitividad¹²². Es además necesario que exista un impacto significativo en la administración general de la regulación de un Miembro y no solo en los resultados del caso en cuestión¹²³.

La uniformidad también implica que las leyes sean aplicadas consistentemente y de forma predecible, no es suficiente la igualdad de trato¹²⁴. El Grupo Especial aclaró que este requerimiento no conlleva una ampliación de las disposiciones de no-discriminación en el sentido de que todos los productos deben ser tratados de manera idéntica.

En resumen, como comentan MAVROIDIS, BERMAN Y WU el requerimiento de uniformidad del art. X:3 del GATT ha sido interpretado hasta la fecha como equivalente al requerimiento de

¹¹⁸ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/AB/R, *cit.*, párrs. 211-212, 216.

¹¹⁹ Vid. Informe del Grupo Especial, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/R, *cit.*, párr. 7.127.

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 7.141.

¹²¹ La uniformidad de la administración también requiere uniformidad geográfica. *Ibid.*, párrs. 7.123, 7.108.

¹²² Vid. Informe del Grupo Especial, *Argentina — Pieles y cueros*, Doc. WT/DS155/R, WT/DS155/R Corr.1, *cit.*, párr. 11.77.

¹²³ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Acero laminado en caliente*, WT/DS184/R, *cit.*, párr. 7.268.

¹²⁴ *Ibid.*, párr. 7.268; Informe del Grupo Especial, *Argentina — Pieles y cueros*, Doc. WT/DS155/R, WT/DS155/R Corr.1, *cit.*, párr. 11.83-11.84.

asegurar la predictibilidad para la realización de futuras transacciones y como un requerimiento de uniformidad geográfica¹²⁵.

b) *La administración debe ser razonable*

Respecto al carácter razonable de la administración, esta noción se relaciona claramente con la *regla de la no evidencia*¹²⁶, lo que significa que deben existir pruebas fundadas de la existencia de dicha aplicación de la medida. El requisito de razonabilidad es un requisito básico, diferente de otras pruebas más avanzadas sobre la valoración de la medida, como la prueba de la necesidad o la proporcionalidad, ya que estos dos requieren un balance entre los “*aims and means*” de una medida. La administración razonable y objetiva sin embargo requiere solamente que exista una razón o fundamento racional para la conducta en cuestión. Según KRAJEWSKI es importante recordar que las pruebas antes mencionadas de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad tienen cada una un uso diferente en el marco de la OMC¹²⁷. Que en el caso del art. VI:1 la prueba a la que se somete la medida será la de la razonabilidad y que es poco probable que la opinión que anotaba TRACHTMAN sobre el empleo y desarrollo de este requerimiento sea factible en la práctica¹²⁸. Es decir que no parece viable que el requerimiento de razonabilidad fuera interpretado por el OSD como “*the imposition of substantive obligation of proportionality in connection with domestic regulation.*” Además cabe recordar que la razonabilidad en cuestión es requerida desde el aspecto formal de la medida, si bien es difícil de separar la sustancia de las normas de la manera de administrarlas.

Para entender el alcance del requisito que la administración sea razonable, se debe entender el sentido corriente de la palabra “*reasonable*” (“razonable”) como conforme a la razón, no irracional ni absurdo, proporcionado, “*sensible*” (en inglés), que está dispuesto a atenerse a razones, sensato, dentro de los límites de la razón, que no es ni mucho menos ni mucho más de lo que podría considerarse probable o adecuado, que no pide demasiado, de buen criterio, claro¹²⁹. Este criterio fue adoptado por la decisión del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el caso

¹²⁵ Vid. MAVROIDIS, P. C., BERMANN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis, op. cit.*, p. 373.

¹²⁶ Vid. MITCHELL, A. D. Y VOON, T., “Reasonableness, impartiality and objectivity”, *op. cit.*, p. 73.

¹²⁷ Vid. KRAJEWSKI, M., “Article VI GATS”, *op. cit.*, p. 171. Algunos autores, sin embargo, argumentan que la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad son similares o incluso lo mismo, a pesar de estas diferencias, *vid.* TRACHTMAN, J. P., “Negotiations on Domestic Regulation and Trade in Services (GATS Art.VI). A legal Analysis of Selected Current Issues”, en PETERSMANN, E.-U. (ed.), *Reforming the World Trading System*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2005, pp. 205-219, p. 211. El análisis de la prueba de necesidad y proporcionalidad de la medida, como principio de la OMC y en particular en el contexto del art. VI:4, se realizaron en la parte II de este capítulo. En este caso, estos principios servirán para determinar la sustancia de la medida.

¹²⁸ Vid. TRACHTMAN, J. P., “Negotiations on Domestic Regulation and Trade in Services (GATS Art.VI). A legal Analysis of Selected Current Issues”, *op. cit.*, p. 211.

¹²⁹ Esta definición se consideró en el asunto *China – Materias Primas*, Informe del Órgano de Apelación, *China — Materias primas*, Doc. WT/DS394/AB/R, *cit.*, párr. 7.696. Vid. BROWN, L., (ed.), *Shorter Oxford English Dictionary*, 5th ed., vol. 2. Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 2482.

*República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos*¹³⁰, el cual está acorde con los estándares de racionalidad generalmente aceptado en procesos sensatos (“*sound*”).

Se ha considerado que lo razonable está vinculado al sentido de legalidad de la administración de la medida. Por ejemplo, en la disputa *Argentina – Piel y cueros*, la administración de una reglamentación, que permitía la posibilidad de revelar información confidencial de la empresa en el desarrollo de un proceso orientado a la clasificación de productos, fue considerado una forma no razonable de la administración de la medida, ya que esta diseminación de información confidencial de la empresa podía ser usada como una ventaja comercial, en este caso para los productores argentinos de cuero¹³¹. El panel también interpretó más recientemente que la administración razonable está vinculada a que la manera en que se implementa una decisión administrativa sea la “apropiada”¹³².

Finalmente, en el caso *China – Materias primas*, la Unión Europea impugna la aplicación por China de sus normas *en sí misma*, normas que se refieren a la asignación de contingentes. El Grupo Especial entiende que la Unión Europea impugna las características de un proceso administrativo que regula la aplicación de un instrumento jurídico a que se refiere el art. X:1. Concretamente, la Unión Europea impugna la manera en que los departamentos locales encargados del comercio exterior *aplican* el criterio de la “capacidad de explotación”. La Unión Europea alega que la aplicación de este criterio como tal, por parte las autoridades chinas, dará lugar a una incompatibilidad con el párrafo 3 a) del artículo X. Respecto al carácter no razonable de la administración, el Grupo Especial considera que si se aplica esta definición a los hechos, puede considerarse que la aplicación es razonable ya que es equitativa y apropiada a las circunstancias y está basada en la racionalidad¹³³.

c) *La administración debe ser imparcial*

La imparcialidad se relaciona más claramente con el principio de *nemo iudex in causa sua* o “*bias rule*”, en tanto que la decisión administrativa deber ser tomada por una persona que no tenga intereses en el proceso en cuestión. Imparcialidad significa que una decisión debe ser tomada sin dar una consideración especial o privilegios a una parte o interés comercial, mientras no se dé el

¹³⁰ Vid. Informe del Grupo Especial, *República Dominicana — Importación y venta de cigarrillos*, Doc. WT/DS302/R, *cit.*, párrs. 7.385-7.388. Tal como fue modificado por en Informe del OA.

¹³¹ Vid. Informe del Grupo Especial, *Argentina — Piel y cueros*, Doc. WT/DS155/R, WT/DS155/R Corr.1, *cit.*, párrs. 11.92-11.94.

¹³² Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/R, WT/DS386/R *cit.*, párrs. 7.809-7.887. El Grupo Especial constató, basado en la manera en que el secretario de agricultura dirigió la decisión de implementar la Regulación Final 2009 (AMS), junto con las circunstancias bajo las cuales se emitió la carta, que la carta de Vilsack no era “apropiada” y por lo tanto no cumplía con el requisito de razonabilidad de la administración de la medida en el sentido del artículo X: 3 a) del GATT.

¹³³ Vid. Informe del Grupo Especial, *China — Materias primas*, Doc. WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, *cit.*, 7.696.

mismo tipo de consideración o privilegios a las otras partes o intereses opuestos que estuvieran igualmente afectados por la decisión¹³⁴.

El Grupo Especial señaló que para que exista “parcialidad” de la administración no es suficiente la presencia de un particular con intereses comerciales en conflicto, para que exista una violación del art. X:3 a) del GATT es necesario que lo que se le permita hacer al particular implique un otorgamiento adicional de derechos¹³⁵. Como constató el GE en relación al asunto *Argentina — Pielés y cueros*, la parcialidad en la aplicación de las normas permitiría que personas o intereses comerciales se beneficien de privilegios a los cuales no tienen derecho¹³⁶. En esta controversia el particular con un interés económico opuesto, pero que no tenía un interés jurídico pertinente, tuvo acceso a cierta información como parte del proceso de clasificación de los productos, lo que entraña el riesgo de que las leyes, reglamentos y disposiciones aduaneras se apliquen de forma parcial, en la medida en que se permite a personas con intereses comerciales opuestos obtener información confidencial que no tienen derecho a recibir¹³⁷.

En el asunto *China – Materias primas*, el Grupo Especial afirmó que el significado de imparcial se refiere a “no parcial”, “que no favorece a una parte o a un lado más que a otro, sin prejuicio, no sesgado y equitativo “. También señaló que la imparcialidad se refiere a la “aplicación o implantación de las leyes y regulaciones relevantes de una manera justa, equitativa, no sesgada y sin prejuicios”¹³⁸. Respecto a la existencia de imparcialidad en la administración en este asunto, la Unión Europea argumentó que la asignación directa de contingentes de exportación era aplicada parcialmente, ya que el criterio de “capacidad de explotación” usado para la asignación de los contingentes era utilizado por China sin que existan salvaguardias que impidan que su uso fuera en detrimento de determinados solicitantes o determinados lugares de destino y en beneficio de otros¹³⁹. En la conclusión el Grupo Especial sostuvo que no estaba “convencido de que la inexistencia de una definición del término "capacidad de explotación" y de directrices o normas sobre la manera en que los 32 departamentos locales deben interpretarlo represente un riesgo muy real de que tenga lugar necesariamente una aplicación parcial”¹⁴⁰. Para determinar la parcialidad de

¹³⁴ Vid. KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 172.

¹³⁵ Vid. Informe del Grupo Especial, *China — Materias primas*, Doc. WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, *cit.*, párr. 7.695

¹³⁶ Vid. Informe del Grupo Especial, *Argentina — Pielés y cueros*, Doc. WT/DS155/R, WT/DS155/R Corr.1, *cit.*, párr. 11.100. En palabras del Grupo Especial: “Todos los supuestos en los que se autoriza a una parte con un interés comercial opuesto, pero que no tiene un interés jurídico pertinente a participar en una transacción de exportación entrañan el riesgo de que las leyes, reglamentos y disposiciones aduaneras se apliquen de forma parcial en la medida en que se permite a personas con intereses comerciales opuestos obtener información confidencial que no tienen derecho a recibir.

¹³⁷ *Ibid.*, párr. 11.101.

¹³⁸ Vid. Informe del Grupo Especial, *China — Materias primas*, Doc. WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, *cit.*, párr. 7.694.

¹³⁹ *Ibid.* Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 243, párr. 7.724.

¹⁴⁰ *Ibid.* Primera comunicación escrita de la Unión Europea, párrafo 243, párr. 7.724, 7.755.

la administración, el Grupo Especial tuvo que analizar las características del proceso sustantivo (aspecto sustantivo de la medida de carácter administrativo)¹⁴¹, es decir la inexistencia de una definición del término "capacidad de explotación" y de directrices o normas. A fin de determinar si esta característica constituye una prueba pertinente para establecer si la aplicación se realiza de manera parcial. En este caso la conclusión fue que no se ha constituido una prueba pertinente de tal parcialidad en la aplicación de la medida¹⁴².

Si bien el requerimiento de imparcialidad contiene elementos del principio de no discriminación, difiere de los requerimientos del art. II y XVII, estos últimos prohíben el trato menos favorable de un servicio o proveedor de servicios a uno semejante. Sin importar los objetivos y metas perseguidas por la administración, que podrían posiblemente justificar el tratamiento diferente. Solamente podría justificarse la discriminación en virtud del art. XIV. En el caso de la administración de una medida que afecta al CIS, si dicha administración de una medida trata dos situaciones comparables de manera diferente, pero existen razones justificadas para hacerlo, esta actuación no necesariamente violaría el art. VI:1¹⁴³.

B. El debido proceso vinculado al funcionamiento de tribunales y procedimientos, imposición de remedios, y revisión de decisiones administrativas: Art. VI:2¹⁴⁴

Esta disposición instituye obligaciones de carácter procesal y son de carácter incondicional, ya se aplican en todos los sectores de servicios, con independencia de que existan o no compromisos específicos en servicios asumidos conforme al listado de compromisos de un Miembro. Como han comentado otros autores, esta es la única previsión del art. VI del AGCS que contiene las llamadas obligaciones generales, aplicables a todos los sectores de servicios¹⁴⁵.

¹⁴¹ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *China — Materias primas*, Doc. WT/DS394/AB/R, *cit.*, párr. 225.

¹⁴² Vid. Informe del Grupo Especial, *China — Materias primas*, Doc. WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, *cit.*, párr. 7.755.

¹⁴³ Vid. KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 172.

¹⁴⁴ Art. VI:2. a) Cada Miembro mantendrá o establecerá tan pronto como sea factible tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos que permitan, a petición de un proveedor de servicios afectado, la pronta revisión de las decisiones administrativas que afecten al comercio de servicios y, cuando esté justificado, la aplicación de remedios apropiados. Cuando tales procedimientos no sean independientes del organismo encargado de la decisión administrativa de que se trate, el Miembro se asegurará de que permitan de hecho una revisión objetiva e imparcial. b) Las disposiciones del apartado a) no se interpretarán en el sentido de que impongan a ningún Miembro la obligación de establecer tales tribunales o procedimientos cuando ello sea incompatible con su estructura constitucional o con la naturaleza de su sistema jurídico.

¹⁴⁵ Vid. DELIMATSIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 29. Apunta que si bien el art. VI pertenece a la parte II del AGCS titulada Obligaciones y Disciplinas Generales, la única verdaderamente

En concreto el art. VI:2 a) establece:

- Primero, que los Miembros deben mantener o establecer tribunales o procedimientos que se ocupen de revisar las decisiones administrativas que afecten al comercio de servicios. Tanto la creación de tribunales o procedimientos, como la revisión de las decisiones, debe realizarse con la mayor prontitud posible. Estos tribunales o procedimientos pueden ser de carácter judicial, arbitral o administrativo y actuarán a petición de un proveedor de servicios. Además dispone que estos tribunales se ocuparán también de aplicar los remedios adecuados cuando esté justificado.
- Segundo, en el caso de que los procedimientos que tengan competencia para revisar las decisiones administrativas no tengan independencia respecto del organismo que ha emitido la decisión administrativa, los Miembros deben asegurar que se realice una revisión objetiva e imparcial.

Esta disposición tiene su fundamento y refleja su objetivo en el debido proceso ¹⁴⁶ y en la necesidad de que los marcos reguladores sean de calidad. En un sentido más amplio, se fundamenta en el estado de derecho que deben tener las naciones. Como señala DELIMATSI, la existencia de tribunales y procedimientos adecuados, así como el derecho de tener recurso a una apropiada revisión de las decisiones administrativas por un órgano independiente, ayudan a asegurar la transparencia y la responsabilidad en sociedades democráticas modernas y a proporcionar una respuesta a la cuestión de "*quid custodies ipsos custodes*"¹⁴⁷. Además, los procedimientos de revisión de las decisiones proporcionan legitimidad y credibilidad al órgano regulador y denotan previsibilidad y certeza legal.

Nuevamente a falta de jurisprudencia, el análisis del objetivo y contenido material de esta disposición se realiza tomando en cuenta el contexto derivado del art. X:3 b) y c) del GATT¹⁴⁸, que

general, ya que cubre a todos los sectores de servicios, es el párrafo 2. Por su parte, FOOTER Y GEORGE prefieren denominar a este tipo de obligación como "incondicionales", FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", en MACRORY, P. F. J., APPLETON, A. E. Y., et al. (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer, 2005, pp. 802-953, en p. 837; WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "Domestic Regulation within the Framework of the GATS", *op. cit.*

¹⁴⁶ En este sentido se pronunció el OA respecto del art. X:3 b) del GATT que tiene un contenido muy parecido al art. VI:2. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/AB/R, *cit.*, párr. 302.

¹⁴⁷ *Vid.* DELIMATSI, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 17.

¹⁴⁸ Ver Art. X:3(b) del GATT, cada parte contratante mantendrá, o instituirá tan pronto como sea posible, tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos destinados, entre otras cosas, a la pronta revisión y rectificación de las medidas administrativas relativas a las cuestiones aduaneras. Estos tribunales o procedimientos serán independientes de los organismos encargados de aplicar las medidas administrativas, y sus decisiones serán ejecutadas por estos últimos y regirán su práctica administrativa, a menos que se interponga un recurso ante una jurisdicción superior, dentro del plazo prescrito para los recursos presentados por los importadores, y a reserva de que la administración central de tal organismo pueda adoptar medidas con el fin de obtener la revisión del caso mediante otro procedimiento, si hay motivos

es en su mayoría comparable y equivalente con el art. VI:2. Cabe resaltar que el principal objetivo del art. X:3 b) es “garantizar que un particular que ha sido afectado desfavorablemente por la decisión de un organismo administrativo tenga la posibilidad de conseguir que se revise esa decisión adversa”¹⁴⁹.

La obligación de establecer o mantener tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos conlleva también el requerimiento de hacerse con rapidez, pero esta rapidez dependerá del mejor esfuerzo y posibilidades de los Miembros, que deberán hacerlo, de conformidad con el art. VI:2, “tan pronto como sea factible”.

Otras características de la obligación es que estos procedimientos y tribunales deben permitir la “pronta revisión de las decisiones administrativas” y estas decisiones deben “afectar al comercio de servicios”.

En este sentido, KRAJEWSKI analizó el término “decisión administrativa”, señalando que puede ser entendido como un acto legal vinculante, dado por una autoridad, agencia u otra unidad que es parte de la administración del gobierno, y que regulará una particular situación individual. Un acto administrativo suele ser la aplicación de una medida de aplicación general al caso específico, con efecto vinculante¹⁵⁰. Sin embargo, no hay una definición de decisión administrativa dada por el AGCS.

La pronta revisión de una decisión administrativa requiere por tanto que los hechos sean establecidos por la autoridad decisoria, y que la interpretación y aplicación de la ley sean examinadas. La decisión administrativa, a que hace referencia el art. VI:2, “afectará al CIS” en el sentido del significado que adopta esta expresión en el art. I del AGCS y el significado del efecto adverso que pueda tener la administración de la medida deberá ser identificado tomando también en cuenta este contexto y en función del caso concreto.

Además, la revisión de las decisiones administrativas debe hacerse “a petición de un proveedor de servicios afectado”. Esto no quita la posibilidad de que las revisiones sean de oficio, pero se otorga la opción de que los proveedores que consideren menoscabado su derecho puedan solicitarlo, lo que puede darse por falta o insuficiencia de los recursos establecidos de oficio. El art. VI requiere que los Miembros den los medios y formas para que los proveedores de servicios de manera individual puedan pedir la revisión de una decisión administrativa. El art. VI contiene por

suficientes para creer que la decisión es incompatible con los principios jurídicos o con la realidad de los hechos.

¹⁴⁹ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/R, *cit.*, párrs. 7.536 y 7.538.

¹⁵⁰ *Vid.* KRAJEWSKI, M., “Article VI GATS”, *op. cit.*, p. 173. En este caso la interpretación y aplicación de la norma serán examinadas.

ende derechos de carácter individual para que los particulares puedan demandar la revisión de una decisión administrativa¹⁵¹.

Aparte de esta formalidad de que la revisión se haga a petición del proveedor de servicios afectado, la disposición deja amplia discrecionalidad a los Miembros respecto a las especificaciones procesales o institucionales de la revisión,¹⁵² pudiéndose imponer requisitos formales para la solicitud de la revisión. La disposición en este sentido no contiene requisito adicional en cuanto a la estructura institucional del mecanismo de revisión¹⁵³. Los Miembros deben decidir sobre la estructura que es conmensurada con sus necesidades específicas y estructuras institucionales. La discrecionalidad que mantienen los Miembros respecto de los procedimientos de revisión queda reflejada en la decisión del Grupo Especial en el caso *CE – Cuestiones aduaneras*, donde se señaló que el art. X:3 b) no contiene requisitos específicos a la estructura institucional de los mecanismos de revisión¹⁵⁴, lo que se aplicaría también al art. VI:2. Los Miembros pueden usar cualquier sistema de revisiones que mejor se adapte a sus marcos administrativos o constituciones en tanto que dan una revisión imparcial y efectiva para el otorgamiento de remedios.¹⁵⁵

La posibilidad de que la revisión de las decisiones administrativas pueda realizarse tanto en tribunales arbitrales, judiciales o administrativos tiene como objetivo dar abasto a los diferentes enfoques de incorporación de normas internacionales al ámbito interno, para la posterior aplicación del derecho nacido a partir del art. VI:2 del AGCS¹⁵⁶. El art. VI:2 tampoco menciona si debe aplicarse o no un sistema de apelación o de segunda instancia. Según algunos autores, esta disposición requiere solamente establecer procedimientos o instituciones para una primera instancia

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 174. El autor menciona como ejemplo que se pueden solicitar requisitos en la forma de presentar la solicitud o el plazo para presentarla o pedir que se identifique la decisión administrativa a reclamar. También se puede requerir evidencia de cómo el proveedor de servicios es afectado por la decisión.

¹⁵² *Vid.* DELIMATIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 17.

¹⁵³

¹⁵⁴ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/R, *cit.*, párr. 7.552. El Grupo Especial opina que las Comunidades Europeas pueden cumplir las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 3 b) del artículo X del GATT de 1994 por intermedio de órganos de sus Estados miembros. Se considera que esto es consecuencia del hecho de que el párrafo 3 b) del artículo X del GATT de 1994 no contiene ningún requisito con respecto a la estructura institucional del mecanismo de revisión exigido por ese artículo, excepto el de que la revisión sea llevada a cabo por tribunales judiciales, arbitrales o administrativos. El Grupo Especial considera que esto también se deduce del artículo 4 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que prevé lo siguiente: "1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado."

¹⁵⁵ *Vid.* KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 174-175.

¹⁵⁶ Estos dos enfoques de incorporación del derecho internacional a derecho nacional son el monista y dualista, los países que aplican el enfoque monista harán uso de los tribunales judiciales para revisar las decisiones administrativas, en tanto que los países que aplican el enfoque dualista podrán realizar la revisión mediante tribunales administrativos o arbitrales. *Vid.* MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, *op. cit.*, p. 279.

de revisión¹⁵⁷, esa idea se deriva de la equivalencia que hacen con la interpretación del art. X:3 b)¹⁵⁸.

Para finalizar, el punto a) del art. VI:2 del AGCS establece que los tribunales y procedimientos pueden aplicar los remedios apropiados, dependiendo del caso. Los remedios constituyen la consecuencia del resultado de las revisiones realizadas a las decisiones, a fin de corregir los errores que éstas hayan podido contener. El remedio que pueden dar los tribunales o procedimientos al proveedor de servicios afectado debe en todo caso estar justificado.

Los errores de la decisión administrativa en base a los cuales se establecerán los remedios correspondientes pueden, según KRAJEWSKI, estar basados en cuestiones de hecho o de derecho, en tanto que MUNIN identifica la decisión basada en "misjudgment" o fallos en el juzgamiento, que crea efectos adversos, y señala que ésta podría ser un área gris entre los errores de hecho y de derecho, pero desde nuestro punto de vista es difícil de imaginar a qué tipo de decisión se refiere, ya que este fallo en el juzgamiento en sí mismo estaría basado normalmente en errores de hecho.

La disposición no especifica el tipo de remedio que deberán aplicar los tribunales, únicamente establece que el remedio debe ser el apropiado. Esto deberá ser determinado en base a los efectos que tenga la decisión administrativa en cuestión en el CIS, los Miembros mantienen su discrecionalidad en este sentido. Se suelen establecer en general dos tipos de remedios, el primero busca la restitución e implica el reemplazo de la decisión administrativa incorrecta por una correcta. Ésta incluye la opción de eliminar la decisión administrativa y reemplazarla por otra. El segundo tipo de remedio busca la adjudicación/asignación de los daños y conlleva una compensación si los proveedores de servicios han tenido pérdidas económicas. Estos tipos de remedios pueden combinarse o también pueden usarse los dos tipos de remedios¹⁵⁹.

El último párrafo del apartado a) del art. VI:2 refleja una garantía para el buen funcionamiento del proceso de revisión de las decisiones administrativas. Esta provisión señala que "Cuando tales procedimientos (judiciales, arbitrales o administrativos) no sean independientes del organismo encargado de la decisión administrativa de que se trate, el Miembro se asegurará de que permitan de hecho una revisión objetiva e imparcial". Por ende, el foro que se establece para juzgar

¹⁵⁷ Vid. KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 157. Es decir no habla de un sistema de revisión de más de un nivel. Un Miembro es requerido a establecer instituciones y procedimientos que permitan solamente la primera instancia de revisión. También lo considera así DELIMATISIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁵⁸ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/AB/R, *cit.*, párr. 294. Según el OA: "Observamos, en primer lugar, que ambas partes convienen en que el párrafo 3 b) del artículo X alude a la revisión en primera instancia. El Grupo Especial se mostró de acuerdo con esa interpretación, que a su juicio estaba respaldada por la referencia separada, en el párrafo 3 b) del artículo X, a la posibilidad de interponer un recurso "ante una jurisdicción superior, dentro del plazo prescrito para los recursos presentados por los importadores".

¹⁵⁹ Vid. KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 174.

a los casos que afecten al CIS por la aplicación de decisiones administrativas debe en todos los casos realizar dicha revisión de una manera imparcial y objetiva.

Una primera lectura de este párrafo podría llevarnos a entender que existe una contradicción entre la obligación de mantener procedimientos objetivos e imparciales y la permisibilidad de que existan procedimientos no independientes. Sin embargo, hay que aclarar que lo que requiere esta disposición es que la revisión sea “de hecho” objetiva e imparcial. De allí que la “independencia” en los procedimientos puede ser tanto “*de jure*” como “*de facto*”. Se puede entender que los Miembros, al realizar la redacción, supusieron que existe dicha independencia de los procedimientos respecto de los organismos que toman la decisión administrativa, pero que en caso que ésta no se manifieste, *de jure*, los Miembros tomarán las medidas para que en todo caso “de hecho” la revisión sea imparcial y objetiva.

A diferencia de lo que parece señalar el correspondiente art. X:3 b) del GATT, esta disposición no obliga necesariamente a establecer tribunales o procedimientos “independientes”¹⁶⁰ de los organismos encargados de aplicar las medidas administrativas, sino que la obligación está sobre todo vinculada al carácter independiente del recurso de revisión y su carácter objetivo e imparcial.

Además, el OA en el caso *CE – Cuestiones aduaneras* también entendió que esta disposición contempla simplemente la posibilidad de una revisión y de una corrección independientes de la acción administrativa de cada agencia y confiaba en la aplicación de las agencias de aduanas¹⁶¹. En esta investigación se considera que el art. VI:2 a) parece haber plasmado mejor la intención de los Miembros respecto al espíritu de este tipo de disposiciones, a diferencia de otros autores que consideran que en el art. VI:2 del AGCS ha prevalecido más bien “*a softer, and maybe more flexible approach*”¹⁶².

Al contrastar el art. VI: 2 a) con el art. X:3 b) del GATT, resalta cómo en el art. VI:2 del AGCS el requisito de la imprescindible independencia legal de los procedimientos señalada en el

¹⁶⁰ El término “independiente” del art. X:3 a) del GATT fue interpretado en el Informe del Grupo Especial, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/R, *cit.*, párr. 7.520. Estableció que “entiende que los tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos... deben estar libres del control o la influencia de los organismos administrativos cuyas decisiones son el objeto de la revisión. Más específicamente, entendemos que esos tribunales y procedimientos deben tener la capacidad de llevar a cabo la revisión prevista en el párrafo 3 b) del artículo X del GATT de 1994 libres, en términos institucionales y prácticos, de la injerencia de los organismos cuyas decisiones están revisando”. El Grupo Especial entiende que, en algunos Miembros de la OMC, las medidas administrativas relativas a las cuestiones aduaneras pueden ser revisadas por las mismas autoridades administrativas que, originalmente, tomaron la medida. *Ibid.*, párr. 520.

¹⁶¹ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Denominación comercial de sardinas*, (*CE — Sardinas*), Doc. WT/DS231/AB/R, 26 de septiembre de 2002, párr. 302. El Órgano de Apelación entiende que esta disposición contempla simplemente la posibilidad de una revisión y de una corrección independiente de la acción administrativa de cada agencia.

¹⁶² *Vid.* MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, *op. cit.*, p. 278.

art. X.3 a) ha sido cuando menos matizada por esta disposición. Asimismo, el razonamiento de los Miembros al elaborar el art. VI:2 del AGCS en el sentido de permitir una independencia “de hecho” en los procedimientos de revisión parece coincidir con la excepción que se establece en el art. X: 3(c) del GATT. Esta disposición señala que no se requiere la supresión o la sustitución de los procedimientos “vigentes en la fecha del presente Acuerdo”¹⁶³, siempre que garanticen de “hecho” una revisión imparcial y objetiva de las decisiones administrativas, aunque no sean total u oficialmente independientes de los organismos encargados de aplicar las medidas administrativas¹⁶⁴.

El literal b) del art. VI:2 contiene una cláusula de salvaguarda, que permite a los Miembros apartarse de los preceptos del art. VI:2 por razones constitucionales. Según el art. VI:2 b) los Miembros no están obligados por los requerimientos de constituir o mantener tribunales o procedimientos para la revisión de las decisiones administrativas que afecten al CIS, cuando éstos sean inconsistentes con “su estructura constitucional o la naturaleza de su sistema jurídico”. El art. V:2 b) del AGCS¹⁶⁵ aclara de esta forma que en ningún caso sus obligaciones deben entenderse como una contradicción a la actual estructura jurídica de los Miembros, ya sea por la naturaleza particular del sistema legal o por su estructura constitucional.

Si bien el art. 27 de la CVDT señala que las leyes nacionales no pueden ser usadas como una excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales de ese país¹⁶⁶, con esta cláusula los Miembros limitan su obligación internacional a la compatibilidad de su sistema jurídico nacional¹⁶⁷. Aplicando esta cláusula, algunos sistemas jurídicos podrían imponer por ejemplo un control parlamentario y político a las decisiones administrativas que afectan al CIS, control que

¹⁶³ Con arreglo al párrafo 1 del art. XXVI del GATT: “El presente Acuerdo llevará la fecha de 30 de octubre de 1947.”

¹⁶⁴ Art. X:3 c) del GATT: “Las disposiciones del apartado b) de este párrafo no requerirán la supresión o la sustitución de los procedimientos vigentes en el territorio de toda parte contratante en la fecha del presente Acuerdo, que garanticen de hecho una revisión imparcial y objetiva de las decisiones administrativas, aun cuando dichos procedimientos no sean total u oficialmente independientes de los organismos encargados de aplicar las medidas administrativas. Toda parte contratante que recurra a tales procedimientos deberá facilitar a las partes contratantes, si así lo solicitan, una información completa al respecto para que puedan decidir si los procedimientos citados se ajustan a las condiciones fijadas en este apartado.”

¹⁶⁵ Art. VI:2 b) del AGCS: “Las disposiciones del apartado a) no se interpretarán en el sentido de que impongan a ningún Miembro la obligación de establecer tales tribunales o procedimientos cuando ello sea incompatible con su estructura constitucional o con la naturaleza de su sistema jurídico.”

¹⁶⁶ Para una revisión de cómo los órganos resolutorios de la OMC han aplicado este principio, considerado principio general de Derecho Internacional, *vid.* FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho Internacional: Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional General*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2009, p. 248. En particular los Miembros han pretendido escudarse en obligaciones de su legislación interna para evitar el cumplimiento de un informe adoptado.

¹⁶⁷ Como dice KRAJEWSKI, “*this constitutional safeguard clause is a departure from art. 27 VCLT*”, *vid.* KRAJEWSKI, M., “Article VI GATS”, *op. cit.*, p. 175.

podría ser superior que las revisiones judiciales o cuasi judiciales¹⁶⁸. Sin embargo, en la práctica, el potencial conflicto que resguarda esta cláusula entre la obligación de establecer procedimientos y tribunales adecuados y la estructura de un sistema jurídico nacional parece ser limitada¹⁶⁹.

Por otro lado, esta disposición es más clara que el art. X:3 c) del GATT, y tiene un sentido más amplio que el art. VI:2 b), ya que no es una excepción de la aplicación sino una disposición de compatibilidad con la legislación vigente de los Miembros. El art. X:3 c) establece que los procedimientos vigentes en la fecha del presente Acuerdo garanticen “de hecho” una revisión imparcial y objetiva de las decisiones administrativas, aun cuando dichos procedimientos no sean total u oficialmente independientes de los organismos encargados de aplicar las medidas administrativas. No requieren ser suspendidos o sustituidos de conformidad con el art. X:3 b) del GATT. Su función por tanto es de limitar la aplicación del art. X:3 b) en tanto que el art. VI:2 constituye una obligación positiva independiente. Sin embargo, ambas disposiciones tienen la misma orientación, que es salvaguardar la soberanía regulatoria de los Miembros y la estabilidad del sistema legal.

En esta investigación se considera, a diferencia de otros autores como DELIMATIS¹⁷⁰, que esta disposición no debilita el sentido general del art. VI, acaso que aclara su alcance. Como se ha comentado arriba, el derecho de revisión mediante órganos independientes “*de jure*” parece estar permitido por el art. VI:2 b) y reconocido por el OSD¹⁷¹. Los países con una estructura institucional débil o inestable tendrán así resguardado la posibilidad de fortalecer su sistema legal. Mediante esta cláusula los Miembros tienen la posibilidad de cumplir con la obligación del art. VI sin realizar cambios significativos que dificultan su progresiva estabilidad. Por otro lado queda garantizada la transparencia y el derecho de revisión de los procedimientos administrativos relacionados con la aplicación de medidas de aplicación general sobre el comercio de servicios. En tanto la revisión debe ser objetiva e imparcial “*de facto*”, procurando en lo posible la total independencia de los fallos y órganos de decisión.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 175-176.

¹⁷⁰ DELIMATIS dice: La fuerza (“*bite*”) de esta obligación es debilitada de alguna forma en la segunda parte del párrafo, el cual permite a Miembros a estar exentos, si el establecimiento de tales tribunales o procedimientos fuera incompatible con su estructura constitucional o la naturaleza de su sistema legislativo. *Vid.* DELIMATIS, P., “Due Process and “Good” Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS”, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷¹ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *CE — Determinadas cuestiones aduaneras*, Doc. WT/DS315/R, *cit.*, párr. 4.726.

C. La información relativa a la solicitud de autorización: Art. VI:3

La cuestión de la búsqueda de una adecuada regulación en el sector de los servicios, mediante la imposición de garantías procesales suficientes para los procedimientos, fue considerada como un aspecto significativo en la creación del marco multilateral del CIS y en particular en el debido proceso en los procedimientos de autorización. Esto se plasmó en la incorporación de la obligación del art. VI:3 en el AGCS, lo que no es el caso de otros Acuerdos de la OMC como el GATT¹⁷².

El art. VI:3 contiene esencialmente obligaciones de transparencia, las cuales, si bien están relacionadas con lo establecido en el art. III del AGCS, adquieren una identidad propia en esta disposición. Su especificidad radica en que los requisitos de transparencia se exigen en la aplicación o administración de las regulaciones nacionales vinculadas con el CIS. Sus preceptos están vinculados solamente a los sectores en los que los Miembros han contraído compromisos específicos y por tanto se trata de una obligación de carácter condicional, lo cual ha sido considerado por algunos como un elemento que debilita la disciplina en su conjunto.

Sus prescripciones se fundamentan con el “deber de información”, que es uno de los estándares mínimos de garantías procesales que debe cumplir la administración en general. Los Miembros, respecto de los sectores en los que hayan contraído compromisos específicos, deben informar sobre las solicitudes de “autorización” relacionadas con la actividad del sector de servicios. En concreto se refiere a la obligación de informar que tiene la administración tanto de la decisión sobre la solicitud de autorización como del estado en que se encuentre una solicitud de autorización.

El art. VI:3 tiene por tanto como objetivo mantener la transparencia de los procedimientos administrativos. En el asunto *EEUU – Juegos de azar*, el Grupo Especial confirmó que esta disposición establece obligaciones de “transparencia y garantías procesales (debido proceso)”, que afectan al “procedimiento”. Es decir, que afectan a la tramitación de las solicitudes de autorización para el suministro de servicios en un sector respecto del cual se ha contraído un compromiso específico¹⁷³. KRAJEWSKI afirma que esta disposición “*is therefore a concretization of the general rule of art. VI:1 with regards to the processing of authorization applications*”¹⁷⁴. Por lo que se entendería que el art. VI:3 sería un elemento específico de la norma de buena administración de las regulaciones nacionales vinculadas al sector de los servicios.

¹⁷² El párrafo 3 del art. VI no tiene contraparte en el GATT, mientras que sí existen disposiciones con contenido semejante en el Acuerdo sobre Licencias, art. 3:5(e-f). También existen disposiciones similares en el art. 5.2.2 del Acuerdo OTC y Anexo C y :1 lit. a del Acuerdo MSF.

¹⁷³ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, cit., párr. 6.432.

¹⁷⁴ Vid. KRAJEWSKI, M., "Article VII GATS", *op. cit.*, p. 176.

Como se ha comentado, la obligación de información debe cumplirse respecto las regulaciones relacionadas con procedimientos de autorización, las cuales son impuestas por las autoridades nacionales para el suministro de servicios. Las solicitudes a las que se refiere este artículo son las que realizan los proveedores de servicios nacionales y extranjeros a fin de obtener la autorización para el suministro de un servicio. Estos procedimientos de autorización han sido reconocidos como importantes instrumentos de reglamentación, “ya que permiten asegurarse de que los proveedores de servicios cumplan una serie de obligaciones relacionadas con objetivos de orden público, como la protección de los consumidores, la responsabilidad o el cumplimiento de requisitos técnicos”¹⁷⁵. Las autorizaciones son usadas por las autoridades reguladoras nacionales para sistematizar la prestación de servicios y la entrada al mercado interno de proveedores de servicios nacionales o extranjeros¹⁷⁶. Por lo que también se ha reconocido que pueden potencialmente generar obstáculos de acceso al mercado del comercio de servicios¹⁷⁷.

Estas autorizaciones toman distintas formas y están supeditadas a distintos requisitos y tramitaciones. Pueden constituirse, entre otras, bajo la forma de licencias, permisos, aprobaciones, certificados o registros, los que son requeridos por las autoridades regulatorias para prestar un servicio. Las autorizaciones están relacionadas principalmente a las licencias para servicios, por lo que las licencias en este contexto deben ser interpretadas de forma amplia, adoptando el mismo significado que autorización¹⁷⁸. Por ejemplo las licencias requeridas para ser un conductor de taxi pueden requerir años de experiencia previa en el país o la población, o exigir cierto tipo de vehículos autorizados a realizar el servicio o pertenencia a asociaciones. Estos requisitos además pueden variar entre el nivel sub-federal, provincial o local¹⁷⁹. En concreto un ejemplo de estas autorizaciones, convertidas en barreras al comercio de servicios, es el que se presenta en los países de Europa Central que forman parte del Acuerdo de Libre Comercio de Europa Central, respecto de los servicios de construcción.¹⁸⁰ En este caso, el movimiento de trabajadores / profesionales

¹⁷⁵ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Comunicación de la Unión Europea - Contribución al Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico - Autorizaciones y licencias : cómo fomentar el crecimiento del comercio electrónico mediante regímenes de autorización adecuados : el caso de la Unión Europea*, Doc. S/C/W/348, 26 de septiembre 2012, p. 1.

¹⁷⁶ Vid. DELIMATIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 32.

¹⁷⁷ Según FOOTER, el art. VI:3 reconoce que los procedimientos relacionados con las solicitudes de autorización pueden crear impedimentos al suministro de servicios, especialmente cuando se convierten en procesos largos. Vid. FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 837.

¹⁷⁸ Vid. IIDA, K. Y NIELSON, J., "Transparency in domestic regulation: practices and possibilities", *Trade in Services: Negotiating Issues and Approaches*, WORKING PARTY OF TRADE COMMITTEE (ed.), Organization for Economic Cooperation and Development, TD/TC/WP(2001)31/FINAL, 15 Feb 2002, Paris, 2002, p. 14.

¹⁷⁹ Vid. SOUTH CENTRE, "Linking mode 4 and domestic regulation", *South Centre Analytical Note*, SC/TADP/AN/SV/3, December, 2003, p. 4 y 5.

¹⁸⁰ Vid. HANDJISKI, B. Y ŠESTOVIV, L., *Barriers to Trade in Services in the CEFTA Region*, The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2011, p. 35.

extranjeros es un modo de suministro bastante restringido. La obtención de autorizaciones de trabajo para trabajadores extranjeros es ardua, e incluso la entrada temporal de trabajadores para prestar un servicio es difícil. Las barreras relacionadas con las autorizaciones tienen su origen en las cuotas sobre trabajadores extranjeros que se permiten, las pruebas de necesidad económica, la poca permisibilidad de la entrada temporal de trabajadores o el requerimiento de residencia que se exige incluso para estancias de corto tiempo de trabajadores¹⁸¹.

El art. VI:3 impone a los Miembros, en particular a las autoridades reguladoras, en los sectores donde han contraído un compromiso específico, dos obligaciones¹⁸²:

- La primera es informar al solicitante sobre la decisión relativa a su solicitud de autorización para suministrar un servicio. Esta información se debe dar en un plazo prudencial a partir de la presentación de una solicitud que se considere completa con arreglo a las leyes y reglamentos nacionales.
- La segunda obligación es que la administración debe facilitar la información sobre el estado de la solicitud, esto se hará sin demoras indebidas y a petición del solicitante¹⁸³.

No existe una guía del AGCS para determinar qué tiempo puede considerarse como “plazo prudencial” o “sin demoras indebidas”, por lo que en una potencial disputa deberá determinarse caso por caso¹⁸⁴ y tomando en cuenta los intereses tanto del proveedor de servicios y de la administración¹⁸⁵. El art. VI:3, al apuntar estas precisiones, toma en cuenta también los intereses legítimos de la administración en procesar una aplicación rigurosamente y completamente dentro del necesario periodo de tiempo. Esta disposición busca el balance del interés de los proveedores de servicios y la administración¹⁸⁶.

Si bien el alcance de esta disposición parece estar limitado a dar información durante el procedimiento de autorización para el suministro de servicios y sobre la decisión tomada, se han planteado algunas cuestiones sobre sus implicancias y alcance. Como la cuestión de si la obligación

¹⁸¹ *Ibid.*, Table 3.2. Work authorizations in CEFTA countries, p. 18.

¹⁸² El art. VI:3 dispone: “Cuando se exija autorización para el suministro de un servicio respecto del cual se haya contraído un compromiso específico, las autoridades competentes del Miembro de que se trate, en un plazo prudencial a partir de la presentación de una solicitud que se considere completa con arreglo a las leyes y reglamentos nacionales, informarán al solicitante de la decisión relativa a su solicitud. A petición de dicho solicitante, las autoridades competentes del Miembro facilitarán, sin demoras indebidas, información referente a la situación de la solicitud”.

¹⁸³ Para sugerencias para una mayor elaboración del art. VI:3 (por ejemplo la programación de exámenes en intervalos razonables, la razonabilidad de las tasas para licencias y otras cargas, decisiones razonadas en el caso de rechazo de la aplicación, etc.) ver OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Comunicación de los Estados Unidos - Transparencia de la reglamentación nacional*, Serie de reuniones extraordinarias, Doc. S/CSS/W/102, 13 de julio 2001, p. 3.

¹⁸⁴ *Vid.* WOUTERS, J. Y COPPENS, D., “GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization”, *op. cit.*, p. 219.

¹⁸⁵ *Vid.* KRAJEWSKI, M., “Article VI GATS”, *op. cit.*, p. 176.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 176

de informar sobre la decisión implicaría intrínsecamente también que la administración tiene el deber de tomar la decisión sobre la solicitud de autorización dentro de un tiempo razonable¹⁸⁷. También se ha planteado si la autoridad competente debe proporcionar a los solicitantes los fundamentos en los que se ha basado para dar tales decisiones. Algunos autores están de acuerdo con que del art. VI:3 se desprende esta obligación¹⁸⁸ y se han basado para tal interpretación en lo señalado por el Órgano de Apelación en la disputa *EEUU – Camarones*¹⁸⁹. Sin embargo, en esta investigación se considera esta cuestión no se desprende del art. VI:3, ya que implicaría una mayor limitación en las facultades reglamentarias y administrativas de la que se desprende del deber de informar planteado. Se entiende que si la intención de las partes hubiera sido obligar a los Miembros a dar los fundamentos de sus decisiones en los procesos de autorización, lo hubieran expresado explícitamente. Por otro lado, tal interpretación tampoco necesariamente parece extraerse de las conclusiones del OA en la disputa *EEUU – Camarones*, ya que en este caso se hizo referencia a que el hecho de que los países cuyas solicitudes son rechazadas no reciban las razones del rechazo era “completamente contrario al espíritu, si no a la letra, del párrafo 3 del artículo X del GATT de 1994”. El párrafo del art. X no hace referencia a los procedimientos de autorización para el suministro de un servicio, en todo caso requiere una aplicación de manera uniforme, imparcial y razonable de las diferentes medidas. Lo que podría corresponder al art. VI:1 y no al art. VI:3 del AGCS que se está analizando.

En el asunto caso *EEUU – Juegos de azar*, el Grupo Especial resolvió la alegación de Antigua, rechazando que EEUU hubiera violado el art. VI:3. Antigua reclamaba que los proveedores de servicios para suministrar servicios de juegos de azar y apuestas en los Estados Unidos necesitan una autorización para suministrar y que los proveedores de Antigua no pueden obtener esa autorización. Afirmaba Antigua que esto constituía una infracción del art. VI:3 del AGCS “porque la imposibilidad de solicitar la autorización impide que los Estados Unidos cumplan lo prescrito en dicho párrafo.”¹⁹⁰ El Grupo Especial consideró que los argumentos presentados por Antigua al respecto “son muy difusos y de naturaleza general”, haciendo referencia a “numerosas leyes y reglamentos” mantenidos por los Estados Unidos, sin indicar a qué

¹⁸⁷ Según KRAJEWSKI este artículo sí incluiría una obligación de responder a la solicitud. *Ibid.*

¹⁸⁸ Vid. DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 108.

¹⁸⁹ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, Doc. WT/DS58/AB/R, *cit.*, párr. 183. Señala: “El carácter ex parte y la falta de transparencia del procedimiento administrativo interno aplicado por los funcionarios competentes de la Oficina de Conservación Marina, el Departamento de Estado y el Servicio Nacional de Pesca Marítima de los Estados Unidos a través de los procedimientos de certificación previstos en el artículo 609, así como el hecho de que los países cuyas solicitudes son rechazadas *no reciban una notificación formal de ese rechazo ni las razones del mismo*,..., son completamente contrarios al espíritu, si no a la letra, del párrafo 3 del artículo X del GATT de 1994”.

¹⁹⁰ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.436. Respuesta de Antigua a la pregunta N° 11 del Grupo Especial. “...excluyen por sus propios términos a los proveedores de Antigua y Barbuda.”

procedimiento de autorización se refiere¹⁹¹. Que no pudo identificar detalles de los casos en que se había denegado la “autorización para suministrar” en los Estados Unidos, tampoco las medidas específicas que imponen tales requisitos de autorización, ni identificar esos procedimientos de autorización¹⁹². Por lo que el Grupo Especial rechazó la reclamación de Antigua respecto al art. VI:3 al no hacer referencia a los procedimientos de autorización que violaran la obligación de información. DELIMATSIS, tomando en consideración este razonamiento del Grupo Especial en el caso *EEUU – Juegos de azar*, considera que parece ser necesaria la presencia o existencia de un procedimiento de concesión de autorizaciones para que se pueda adjudicar el incumplimiento de las obligaciones que derivan del art. VI:3¹⁹³, lo cual parece bastante lógico desde el contenido de esta prescripción. Cabe recordar que se refiere a los aspectos formales de la medida, si no existe tal reglamentación es imposible valorar su debida aplicación desde el punto de vista de las garantías procesales.

Finalmente, mencionar que los requisitos de transparencia del art. VI:3 son bastante básicos si se toma en consideración lo desarrollado en otros acuerdos como el Acuerdo OTC y el MSF, así como las disciplinas de contabilidad y algunos acuerdos regionales. Por lo que algunos consideran que se podría plantear crear disciplinas más profundas sobre transparencia y en particular sobre el deber de dar información¹⁹⁴. Por ejemplo, cabe la incorporación de requerimientos relacionados con dar información sobre cuáles son las actividades que se requieren para el otorgamiento de licencias y los criterios para obtenerlas, publicación periódica del estado del procedimiento, dar información a los solicitantes respecto a la documentación y datos que deben incluir en sus aplicaciones, notificación de las decisiones sobre su solicitud, explicar los motivos de la denegación, crear mecanismos para responder a las preguntas durante el proceso de autorizaciones, entre otras. Algunas de estas propuestas se han planteado en el marco de las negociaciones sobre las nuevas disciplinas de reglamentación nacional en servicios.

¹⁹¹ *Ibid.*, párr. 6.432.

¹⁹² *Ibid.*, párr. 6.437. “Sin embargo, el Grupo Especial observa que Antigua no ha identificado concretamente qué “medidas estatales y federales” y qué disposiciones de esas medidas imponen esas prescripciones en materia de autorización. Tampoco ha demostrado que sus proveedores de servicios de juegos de azar y apuestas hayan presentado alguna vez solicitudes para obtener esa autorización.”

¹⁹³ *Vid.* DELIMATSIS, P., “Due Process and “Good” Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS”, *op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁴ *Vid.* IIDA, K. Y NIELSON, J., “Transparency in domestic regulation: practices and possibilities”, en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank y Oxford University Press, 2003, pp. 7-26, p. 19.

D. Los procedimientos relacionados con la verificación de las competencias de los profesionales: Art. VI:6

El art. VI:6 contiene una disposición específica, relacionada con las características que deben contener los requisitos que imponen los Miembros para autorizar el suministro de servicios profesionales. Señala que: “En los sectores en los que se contraigan compromisos específicos respecto de los servicios profesionales, cada Miembro establecerá procedimientos adecuados para verificar la competencia de los profesionales de otros Miembros”. Según esta prescripción los Miembros que hayan realizado compromisos específicos en el sector de servicios profesionales deben brindar los medios apropiados para que, a nivel doméstico, se verifique que los “profesionales” cumplan los requisitos de competencia necesarios para suministrar el servicio. Esta obligación la deben cumplir solamente Miembros que hayan realizado compromisos específicos en el sector de servicios profesionales.

Los sectores de servicios profesionales han sido tradicionalmente muy regulados y protegidos¹⁹⁵, los requisitos de titulaciones son especialmente gravosos. Las verificaciones de la competencia incluyen los requisitos de cumplir a nivel local las condiciones para el ejercicio profesional, como por ejemplo contar con licencias, certificados profesionales, experiencia de trabajo, dominio de idiomas, grado universitario de una universidad nacional o local, entre otros. La verificación de los procedimientos generalmente involucra la revisión de los requerimientos de licencia del país de acogida de un proveedor de servicios profesionales, incluyendo las titulaciones y experiencia profesional ganada en el país de origen o la determinación de si estos requisitos son suficientes para suministrar el servicio.

El art. VI tiene como objetivo en relación a estos requerimientos garantizar que los compromisos asumidos impliquen el acceso efectivo al mercado de los sectores en cuestión. Ya que no puede aceptarse que el valor de los compromisos de acceso al mercado en los servicios profesionales disminuya o sea menoscabado por una falta de procedimientos de verificaciones adecuados¹⁹⁶. El AM para la prestación de servicios profesionales, de conformidad con los compromisos asumidos, está también supeditado a que los proveedores de servicios cumplan con las cualificaciones específicas determinadas por cada Miembro en cada caso. El art. VI:6 confirma

¹⁹⁵ De hecho, los servicios profesionales y de transporte suelen formar parte de los sectores más protegidos tanto en países industrializados como en los PED, mientras que la venta al por menor, las telecomunicaciones e incluso los servicios financieros suelen estar más abiertos. Tal como se afirma en las conclusiones de la nueva base de datos de barreras al comercio de servicios realizada por el Banco Mundial: BORCHERT, I., GOOTIIZ, B. Y MATTOO, A., "Policy Barriers to International Trade in Services : Evidence from a New Database", World Bank, , Washington, DC. , 2012, p. 45.

¹⁹⁶ *Vid.* KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 177; DELIMATIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 35, 47.

esta facultad de los Miembros en tanto que para ello se establezcan “procedimientos adecuados”¹⁹⁷. Por ende el art. VI:6 puede ser visto tanto como un reconocimiento del derecho de los Miembros como una garantía para los proveedores de servicios profesionales, de que se considerarán y evaluarán las cualificaciones necesarias que deben tener los profesionales, lo que se debe hacer mediante procedimientos adecuados.

Como señalan FOOTER y GEORGE, se podría argumentar que el art. VI:6 es redundante a la luz de las obligaciones existentes en los arts. XVI y XVII, se puede decir también que sirve solamente para recordar a los Miembros que deciden otorgar acceso al mercados de los servicios, que ellos tienen la obligación de facilitar la entrada a profesionales extranjeros cualificados de una manera “razonable”¹⁹⁸. Sin embargo desde otra perspectiva, desde el enfoque de la buena gobernanza regulatoria, es una disciplina que tiene su propio objetivo; que es lograr que existan reglamentaciones de calidad para posibilitar o en todo caso delimitar el suministro de CIS en el sector de los servicios profesionales. Esta disciplina puede ser relevante en tanto que los Miembros la implementen con prontitud y procuren el mayor AM de los servicios, en particular en el Modo 4 del AGCS.

Por otro lado, aunque el AM de servicios profesionales se garantiza de manera fehaciente con los acuerdos de reconocimiento en grados y titulaciones académicas o profesionales, experiencia profesional, licencias de funcionamiento, entre otros, estos acuerdos (permitidos, en virtud del art. VII del AGCS), no son obligatorios y hasta la fecha si bien se han formalizado bastantes en el sector de servicios profesionales, siguen siendo insuficientes e incompletos y se requiere de mayor cooperación¹⁹⁹. De esta forma, de conformidad con el art. VI:6, los Miembros pueden, a falta de este reconocimiento, establecer los requisitos específicos para la entrada de servicios profesionales que satisfagan sus objetivos nacionales tales como la necesidad de garantizar que el consumidor reciba un servicio de alta calidad técnica así como los criterios de seguridad o un comportamiento ético²⁰⁰. Pero también implica que no podrán usar como excusa que no cuentan con las regulaciones o procedimientos adecuados para verificar la competencia de los servicios profesionales²⁰¹.

El significado de “procedimientos adecuados”, los cuales deberán establecer los Miembros de conformidad con el art. VI, no ha sido explicitado en el AGCS, ni tampoco ha sido analizado

¹⁹⁷ Vid. FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", *op. cit.*, p. 837.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 837.

¹⁹⁹ Los acuerdos de reconocimiento mutuo en su mayoría exigen un alto grado de cooperación normativa y a menudo la adaptación de normas, y su negociación suele ser un proceso complejo que requiere mucho tiempo. Ver para un estudio de los Acuerdos de Reconocimiento Mutuo: OECD, "Service Providers on the Move: Mutual Recognition Agreements", TD/TC/WP(2002)48/FINAL, Paris, 2002.

²⁰⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Cuestiones de reglamentación por sectores y modos de suministro*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/W/48, 13 de junio 2012, p. 8 ss.

²⁰¹ Vid. MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, *op. cit.*, p. 286.

por los órganos adjudicatarios de la OMC. Al ser una referencia amplia, no parece que implique una mayor carga para los Miembros, además considerando que la implementación y el contenido específico de estos procedimientos dependerán de la decisión individual de cada Miembro²⁰². En todo caso, esta expresión debe también ser interpretada en una base caso por caso la luz de la función del art. VI.

En el marco de las negociaciones sobre las nuevas disciplinas de reglamentación del GTRN, se está discutiendo la incorporación de una disciplina sobre la revisión y valoración de las titulaciones y se está intentando también definir el término “procedimientos adecuados”, pero no se ha llegado a ningún acuerdo hasta la fecha²⁰³.

Entonces del art. VI se dependen dos posibilidades:

Por un lado que este artículo sirva de base para la implementación de acuerdos de reconocimiento bilateral o regional. Ya que los Miembros han reconocido que a nivel multilateral es muy difícil aplicar el reconocimiento de las competencias profesionales, entre otros motivos, por las grandes diferencias en las regulaciones sobre educación, exámenes de titulación, experiencia requerida entre otros²⁰⁴. Este sentido se planteó en el marco del programa del Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales y se estableció como parte de su mandato el “establecimiento de directrices para el reconocimiento de los títulos de aptitud”²⁰⁵. El Consejo del Comercio de Servicios, como resultado, adoptó en 1997 las Directrices para los acuerdos o convenios de reconocimiento mutuo en el sector de la contabilidad.²⁰⁶ En este sentido, el art. VI:6 puede ser

²⁰² Para una reflexión similar ver WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", *op. cit.* y DELIMATSI, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 47-48.

²⁰³ El párrafo 7 del Proyecto del 2009 respecto de los requisitos de titulaciones señala “*“Qualification requirements” are substantive requirements relating to the competence of a natural person to supply a service, and which are required to be demonstrated for the purpose of obtaining authorization to supply a service.*” Se sigue debatiendo por ejemplo sobre si se debe incluir a las personas naturales que han sido empleadas por las empresas. Ver párr. 70 del Texto Anotado del 14 de marzo de 2010: OMC, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4, Annotated Text*, Room Document, Informal Note by the Chairperson, 14 March 2010. Este Texto Anotado recoge los comentarios y propuestas de los negociadores respecto al borrador de 2009. *Vid.* también KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 177. Esto se analizará con más detalle en el Capítulo Sexto.

²⁰⁴ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para los Acuerdos o Convenios de Reconocimiento Mutuo en el Sector de la Contabilidad*, Doc. S/L/38, 28 de mayo 1997. Según la introducción de las directrices para los acuerdos de reconocimiento mutuo,

²⁰⁵ En la *Decisión Ministerial relativa a los servicios profesionales* de abril de 1995 se estableció el Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales, se exigía el inicio inmediato del programa de trabajo previsto en el párrafo 4 del artículo VI y se daba prioridad a las tareas relacionadas con el sector de la contabilidad. El mandato tenía también tres partes: establecimiento de directrices para el reconocimiento de los títulos de aptitud; concentración en el uso de normas internacionales, y elaboración de disciplinas en materia de reglamentación nacional.

²⁰⁶ El mandato establecido para el Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales era centrarse en "la facilitación de la aplicación efectiva del párrafo 6 del artículo VI del Acuerdo, estableciendo directrices para el reconocimiento de los títulos de aptitud. *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS,

entendido en el contexto del art. VII del AGCS, en tanto que una vez implementado puede facilitar el uso eficaz del art. VIII y por ende el reconocimiento de las titulaciones.²⁰⁷ Según DELIMATSI, la creación de procedimientos adecuados aclararía las diferencias y semejanzas entre sistemas nacionales diversos referentes a cualificaciones, licencias, a la educación o titulaciones²⁰⁸.

Por el otro lado, las estipulaciones del art. VI:6 están relacionadas con la creación de mejores mecanismos nacionales para la verificación de requisitos de competencia como titulaciones académicas y cualificaciones profesionales, que como se verá, han guiado también los intereses de los Miembros en las recientes negociaciones de servicios. Esto se ha reflejado en las negociaciones del GTRN, sobre la implementación de las disciplinas de reglamentación nacional y en relación al establecimiento de mecanismos específicos para la verificación de titulaciones.

Según DELIMATSI, si los requisitos que impone el país de origen son considerados insatisfactorios por sus autoridades al momento de realizarse el procedimiento de constatación de las competencias, este proceso de verificación de los requisitos permitiría la identificación de las diferencias principales que necesitarían ser superadas por los proveedores extranjeros. También se identificaría la manera en la cual esto podría ser alcanzado, por ejemplo a través de las exámenes organizadas por las autoridades del país de acogida²⁰⁹. Esta es una visión bastante positiva de la función y alcance del art. VI:6, pero en todo caso la verificación de los requisitos sigue siendo indispensable para la posterior autorización, lo que sería conveniente es que los solicitantes cuenten con la información necesaria para poder presentar las solicitudes de autorización ante "procedimientos adecuados" en la práctica y que exista cooperación para establecer estándares comunes para la creación de tales procedimientos de verificación.

Un problema actual con esta disposición es su cumplimiento, ya que los Miembros no se han mostrado hasta la fecha activos en implementarla y los procedimientos de evaluaciones de las competencias siguen siendo poco adecuados²¹⁰. Se ha comentado que una dificultad para su

Directrices para los Acuerdos o Convenios de Reconocimiento Mutuo en el Sector de la Contabilidad, Doc. S/L/38, 1997, *cit.*

²⁰⁷ *Vid.* DELIMATSI, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 48, DELIMATSI, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 128 ss.

²⁰⁸ *Vid.* DELIMATSI, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 48.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 47.

²¹⁰ La secretaria de la OMC ha comentado, respecto de los obstáculos al comercio realizado a través del Modo 4, que incluso los procedimientos y prescripciones reglamentarias no discriminatorias pueden convertirse en obstáculos al comercio realizado a través del Modo 4. La evaluación de las credenciales de un solicitante puede tener en cuenta solo cualificaciones formales, sin tomar en consideración los conocimientos prácticos y la experiencia, y el proceso puede dar un mayor peso a los conocimientos y las normas locales. Es posible que los procedimientos de aprobación sean complejos, discrecionales, poco transparentes, costosos. El proceso de valoración de las competencias que puede llevar tiempo y ser poco transparente, o bien obligar a pasar un examen en el país de acogida, lo cual puede ser costoso y entrañar retrasos considerables. *Vid.*

efectivo cumplimiento es que los Miembros no tienen incentivos suficientes para realizar dicho reconocimiento, y más aún para facilitarlo, en el sector de servicios profesionales que requiere el acceso al mercado y en particular mediante el Modo 4, ya que no se ha evidenciado con claridad un beneficio mutuo²¹¹. DELIMATSIIS propone para apresurar la puesta en práctica de esta disposición, que los Miembros, en particular los PED, orienten sus requerimientos en el marco de las negociaciones para las nuevas disciplinas sobre reglamentación nacional del art. VI:4. Para ello, deberían alcanzar un acuerdo respecto a la búsqueda de “procedimientos adecuados” dentro del significado del art. VI:6 a fin de exigir o adoptar pautas generales para la verificación de titulaciones profesionales²¹². Sin embargo, como se verá en las negociaciones de GTRN, los Miembros más desarrollados vienen prestando poco interés en este sentido²¹³.

III. OBLIGACIONES SUSTANTIVAS DE GOBERNANZA REGULATORIA DEL ART. VI

Este apartado se ocupa de revisar las obligaciones sustantivas relacionadas con la reglamentación nacional, que se encuentran en los párrafos VI:4 y VI:5 del AGCS, las cuales tienen una naturaleza particular: una es una obligación que establece un mandato y la otra es una obligación de carácter provisiona.

Como se ha señalado, el art. VI:4 es una obligación de naturaleza sustantiva en la cual se expresa el deseo de los Miembros de que las regulaciones domesticas no creen obstáculos innecesarios al CIS. Para ello propone que ciertos principios de transparencia y de proporcionalidad (mediante el requerimiento de una prueba de necesidad), impregnen el contenido de ciertos tipos de regulaciones indicadas en las disposiciones.

El art. VI: 4 está esencialmente relacionado con el principio de proporcionalidad y, como se analizará más abajo, en el GTRN se discute el alcance de su mandato en relación a la creación de una prueba de necesidad de las reglamentaciones nacionales cubiertas. Su principal objetivo es que estas reglamentaciones nacionales “no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Nota de antecedentes sobre Presencia de Personas Físicas (Modo 4)*, *Nota de la Secretaria*, Doc. S/C/W/301, 15 de septiembre 2009, pp. 21-22.

²¹¹ *Vid.* MASHAYEKHI, M., OLARREAGA, M. Y PORTO, G., "Services, Trade and Development", UNCTAD, New York and Geneva, 2011, p. 16 WINTERS, A., "The Temporary Movement of Workers to Provide Services (GATS Mode 4)", en MATTOO, A., STERN, R., et al. (eds.), *A Handbook of international trade in services*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 481-539 MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, *op. cit.*

²¹² *Vid.* DELIMATSIIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*p. 48. Señala DELIMATSIIS que este ha sido ya el caso en relación al sector de contabilidad.

²¹³ Esto se examinará con más detalle en el Capítulo Sexto.

servicios”. Es una disposición que prevé la creación de regulaciones futuras, su principal elemento constituye el requerimiento para desarrollar disciplinas sobre “reglamentación nacional”.

Cabe señalar que esta disposición se complementa con el art. VI:5, disposición que da las guías para aplicar de forma provisional el art. VI:4. De esta manera, el art. VI:5 confiere una mayor relevancia al art. VI:4, dando la posibilidad de aplicar sus principios en el presente.

A. Las nuevas disciplinas para las reglamentaciones nacionales: Art. VI:4

El objetivo del art. VI:4 del AGCS es crear disciplinas regulatorias (de reglamentación nacional) con el fin de trazar un equilibrio entre los intereses multilaterales de la liberalización progresiva del CIS y los intereses particulares de los Miembros en preservar su autonomía regulatoria. A fin de buscar este equilibrio, las diferentes disposiciones de la OMC han hecho uso de herramientas normativas de a fin de permitir un balance en una base de caso por caso, para asegurar la igualdad de oportunidades de competencia de los proveedores de servicios sin obstaculizar de manera innecesaria la libertad regulatoria de los Miembros.²¹⁴

El artículo VI:4 establece que:

“Con objeto de asegurarse de que las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, las normas técnicas y las prescripciones en materia de licencias no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios, el Consejo del Comercio de Servicios, por medio de los órganos apropiados que establezca, elaborará las disciplinas necesarias.

Dichas disciplinas tendrán la finalidad de garantizar que esas prescripciones²¹⁵, entre otras cosas:

- a) se basen en criterios objetivos y transparentes, como la competencia y la capacidad de suministrar el servicio;
- b) no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio;
- c) en el caso de los procedimientos en materia de licencias, no constituyan de por sí una restricción al suministro del servicio.”

Esta disposición de carácter sustantivo constituye el acuerdo al que llegaron los Miembros para negociar y desarrollar futuras disciplinas multilaterales, con el objetivo de asegurar que las medidas relacionadas con normas técnicas, requisitos y procedimientos de titulaciones y requisitos

²¹⁴ Vid. DELIMATIS, P., "Who's afraid of necessity? And why it matters?", en LIM, A. H. Y DE MEESTER, B. (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014, pp. 95-109, p. 104.

²¹⁵ El texto del Acuerdo se refiere a las mencionadas “prescripciones”, sin embargo por la interpretación del texto y tal como se ha venido entendiendo el mismo por los analistas y en las actuales negociaciones del GTRN, se debe entender prescripción desde su sentido amplio, es decir, como medida, y no en su sentido más específico, como requisito de fondo.

de licencias, “no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios”²¹⁶. El objetivo es lograr que las medidas regulatorias que afectan al comercio de servicios sean razonables, objetivas e imparciales²¹⁷. En particular, respecto de la razonabilidad o proporcionalidad, uno de los fines específicos de las futuras disciplinas es que las medidas en cuestión no sean “más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad de los servicios”²¹⁸.

En efecto, los Miembros durante la RU no llegaron a un acuerdo sobre el contenido de una obligación general que persiguiera que las regulaciones nacionales en la práctica no creen obstáculos o barreras innecesarias al CIS²¹⁹; es decir no se resolvió cómo reducir al mínimo los elementos de restricción no cubiertos por las negociaciones de compromisos específicos sobre AM y TN²²⁰. Por lo que el art. VI:4, mediante un mandato de desarrollar las disciplinas necesarias, mantiene abiertas las perspectivas de crear un marco multilateral que se ocupe de las regulaciones nacionales, no transparentes, parciales, injustas o indebidamente restrictivas, que puedan minar el valor de los compromisos en el sector de servicios²²¹.

Una de las principales dudas y temores por los que los Miembros optaron por no adoptar el enfoque amplio del Borrador de Dunkel respecto a la reglamentación nacional²²² era la posible amenaza a las prerrogativas reguladoras de los Miembros que el texto conllevaría, ya que la

²¹⁶ Párrafo introductorio del art. VI:4 AGCS.

²¹⁷ Vid. MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Key Issues", *op. cit.*, p. 4.

²¹⁸ Vid. Art. VI:4 b) del AGCS.

²¹⁹ En el proyecto del AGCS (MTN.GNS/35 de 23 de julio de 1990), el art. VII contenía una disciplina vinculante en materia de reglamentación nacional, cuyo texto era similar al tenor del actual art. VI:4. El art. VII del Borrador Dunkel (WTO, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Draft Final Act Embodying The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Special Distribution, "Dunkel Draft", Doc. MTN.TNC/W/FA, 20 December 1991) en este mismo sentido señalaba: “Parties may require that services or suppliers of services of other parties meet certain regulations, standards or qualifications. Such requirements shall be based upon objective criteria, such as competence and the ability to provide such services, and not be more burdensome than necessary to achieve the national policy objectives”.

²²⁰ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Párrafo 4 del artículo VI del AGCS: Disciplinas en materia de reglamentación nacional para todos los servicios*, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/96, 1 de marzo 1999, p. 3.

²²¹ *Ibid.*, p. 3. Si bien el marco del art. VI está inacabado, en algunos sectores se ha desarrollado un marco internacional que promueve un ambiente regulatorio nacional favorable al AM y la adecuada competencia para fortalecer los compromisos del sector. Esto se realizó en el sector de las telecomunicaciones y en la contabilidad. Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/64, 17 de diciembre 1998; OMC, GRUPO DE NEGOCIACIÓN SOBRE TELECOMUNICACIONES BÁSICAS, *Servicios de Telecomunicaciones: Documento de Referencia*, Doc. disponible en https://www.wto.org/spanish/Tratop_s/serv_s/telecom_s/tel23_s.htm, 24 de abril 1996.

²²² Vid. WTO, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, *Draft Final Act Embodying The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Doc. MTN.TNC/W/FA, 1991, *cit.* En diciembre de 1991, Arthur Dunkel, Director General durante ese período, distribuyó un texto borrador de un acuerdo con el objetivo de concluir las negociaciones de la Ronda Uruguay, el llamado "Borrador Dunkel". En el área de servicios, incluyó 34 artículos y anexos sobre exenciones de la nación más favorecida (NMF), el movimiento de personas, servicios financieros, telecomunicaciones y servicios de transporte aéreo. Vid. STEWART, T. P., (ed.), *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986–1992)*, Vol. II: *Commentary*. Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1993, p. 2429.

obligación cubriría todos los sectores de servicios y todos tipos de regulaciones de servicios, normas técnicas o titulaciones. Cabe señalar que este escepticismo es parecido al que muestran los Miembros en las actuales negociaciones, que como se verá más abajo dificulta la determinación del contenido final de las disciplinas.

A pesar de los recelos mostrados, los Miembros reconocían los efectos distorsionadores al comercio de las medidas regulatorias nacionales que no discriminan entre proveedores nacionales o extranjeros o expresamente restringen el acceso al mercado, lo que quedó plasmado en la redacción del art. VI:4²²³. Se reconoció también la importancia de que los compromisos asumidos en el CIS no se eludan mediante el uso de reglamentaciones nacionales, las cuales pueden tener objetivos de política pública totalmente válidos, pero que sin embargo contienen restricciones indebidas.

Las disciplinas constituirán entonces normas que limitan la discrecionalidad administrativa y gubernamental de los Miembros, a fin de buscar una mínima restricción al CIS²²⁴, sin que ello comprometa el logro de los objetivos de política deseada. Se determinó que el mandato de crear dichas disciplinas se realizaría solamente en tres áreas concretas: licencias, titulaciones y normas técnicas.

Los requisitos que deben cumplir las regulaciones de las áreas cubiertas serán determinados en concreto por el contenido de las disciplinas, sin embargo, el art. VI:4 en la segunda frase específica más el mandato sobre las disciplinas y orienta su contenido, señalando una lista no exhaustiva de las especificaciones que deben cumplir estas reglamentaciones nacionales. Estos criterios, según DELIMATSIS, constituyen una lista indicativa de características mínimas que las nuevas regulaciones de servicios relacionadas con licencias, titulaciones y normas técnicas deben contener. Lo que constituiría a su vez un intento a largo plazo de integración positiva y armonización mínima en estos ámbitos regulatorios, al negociar el establecimiento de un marco regulatorio común²²⁵.

La creación de las disciplinas debe respetar el derecho a regular que tienen los Miembros y que está reconocido en el cuarto párrafo del preámbulo del AGCS²²⁶. La Secretaría de la OMC ha

²²³ Como ya se ha mencionado en los apartados anteriores, esta percepción se ha hecho evidente en el marco del comercio de bienes, en particular en acuerdos que contienen disciplinas específicas en relación a las medidas regulatorias, en particular los Acuerdos OTC y MSF. *Vid.* TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation & Services Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank and Oxford University Press, 2003, pp. 57-81. Como señala KRAJEWSKI, las disciplinas en estos acuerdos suelen ser usadas como modelo en el contexto del art. VI:4, *vid.* KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 179.

²²⁴ KRAJEWSKI indica que al escoger el término "disciplinas", los redactores del AGCS indicaron que las normas que se deriven del mandato del art. VI:4 apuntan hacia una limitación de la autonomía regulatoria nacional. *Vid.* KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*

²²⁵ *Vid.* DELIMATSIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 113.

²²⁶ "Reconociendo el derecho de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional, y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho, dadas las

afirmado también que las medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del art. VI:4 son medidas con las que se pretende alcanzar objetivos normativos u otros objetivos de política pública. Su finalidad no es limitar el comercio, y el art. VI exige que, en caso de que tengan efectos incidentales de restricción del comercio, esos efectos se sitúen en el nivel mínimo compatible con el logro del objetivo perseguido²²⁷. También se ha señalado que la intención y el propósito de las disciplinas no están relacionados con potenciar, prescribir o imponer la adopción de ciertos enfoques regulatorios y mucho menos la sustancia de cualquier reglamentación nacional²²⁸. Si bien esta investigación considera acertados estos criterios, no son suficientes tales afirmaciones; en el resultado de las disciplinas debe quedar reflejado el balance deseado y el real propósito de los Miembros, el cual es afrontar las reglamentaciones indebidas e innecesariamente restrictivas al CIS, cuyos efectos puedan invalidar los compromisos multilaterales.

Las negociaciones sobre el art. VI:4, que se vienen realizando desde la creación del GTRN en 1999²²⁹, han encontrado varias dificultades en los diferentes momentos de las negociaciones, relacionadas en general con el alcance y contenido de las disciplinas. Estas dificultades se derivan no solamente de la falta de decisión política de las partes, sino también del lenguaje del mandato y de la dificultad de trasladarlo a obligaciones concretas. Como se verá, una de las principales dificultades sigue siendo la selección y configuración de la prueba más adecuada que determine si la reglamentación de servicios no es “más gravosa de lo necesario para asegurar la calidad del servicio”. Esencialmente, si se consideran las implicaciones de la posible aplicación de la llamada “prueba de necesidad” y el criterio a adoptar para definir su contenido²³⁰.

asimetrías existentes en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones sobre servicios en los distintos países.”

²²⁷ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, *Pertinencia de las disciplinas de los acuerdos sobre obstáculos técnicos al comercio y sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación a los efectos del párrafo 4 del Artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Doc. S/WPPS/W/9, 1996, *cit.*, párr. 3.

²²⁸ Vid. DELIMATSI, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 113.

²²⁹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Decisión relativa a la Reglamentación Nacional*, Adoptada por el Consejo del Comercio de Servicios el 26 de abril de 1999, Doc. S/L/70, 28 de abril 1999.

²³⁰ Como se verá con mayor detalle en el Capítulo Sexto relacionado con las negociaciones del GTRN, han existido varias propuestas sobre la prueba de necesidad en el GTRN. Destacan en cuanto al contenido material que debería contener la prueba de necesidad las propuestas de la CE, de Australia, del Japón y de Suiza. Vid. entre otras; Propuesta de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Necesidad y transparencia de la reglamentación nacional*, Doc. S/WPDR/W/14, 2001, *cit.*; propuesta de Australia, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación de Australia, Necesidad y Transparencia*, Doc. S/WPDR/W/8, 15 de setiembre 2000; propuesta del Japón, OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Japón, Proyecto de anexo sobre la reglamentación nacional*, Doc. JOB(03)/45/Rev.1, 2 de mayo 2003; propuesta de Suiza, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Elementos iniciales de las modalidades para las negociaciones relativas a las disciplinas sobre la reglamentación nacional*, Comunicación de Suiza, Doc. JOB(05)/68, 2 de mayo 2005.

El debate del contenido y la complejidad en la interpretación del art. VI:4, en especial la interpretación de la prueba de necesidad y las negociaciones conexas, son especialmente relevantes para los PED, ya sea en el contexto de su marco regulatorio interno como en su participación y posicionamiento en el ámbito del CIS. Se ha comentado que los PED tienen ciertos motivos para buscar el fortalecimiento de las disciplinas del art. VI:4. Primero, el desarrollo de las disciplinas puede jugar un rol importante en promover y consolidar el esfuerzo de reforma regulatoria que vienen realizando los PED. Segundo, las disciplinas pueden ayudar a los PED exportadores a afrontar las potenciales barreras regulatorias de sus mercados exportadores. El reto que confrontan es cómo aprovechar mejor el esfuerzo de creación de un marco multilateral con la promoción de instituciones y prácticas regulatorias adecuadas a nivel nacional²³¹.

Desde la perspectiva de esta investigación, es prioritario para los PED entender previamente el contenido jurídico del mandato del art. VI:4, a fin de que cada uno de ellos, bajo su específico entorno regulatorio, determine cuál será el mejor contenido de las disciplinas multilaterales, que pueda contribuir a consolidar su reforma regulatoria en el sector de servicios. Por otro lado, para los PED exportadores de servicios, las disciplinas podrían contener disposiciones relacionados con las prescripciones sobre titulaciones o licencias en el Modo 4 que pueden ser de interés para ellos.

La cuestión de entender el significado de la prueba de necesidad en el marco del AGCS y las posibles interpretaciones según el contenido que se acuerde en el GTRN es prioritaria para los PED. También es importante la cuestión de si deben considerarse enfoques distintivos a fin de que los Miembros en general y los PED en particular se vean más motivados y para establecer las disciplinas de reglamentación nacional²³². Por ejemplo, se podrían plantear enfoques que faciliten la flexibilidad en la forma en que las disciplinas serán asumidas e implementadas por los PED, o se podría explorar la posibilidad de establecer diferentes niveles de ambición.

1. El mandato del art. VI:4: crear disciplinas a fin de que las medidas cubiertas no constituyan obstáculos innecesarios al CIS

El art. VI:4 garantiza, por lo menos potencialmente, que determinadas reglamentaciones domésticas (prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, normas técnicas y prescripciones en materia de licencias), con potencial para impedir o restringir el CIS, no lo hagan, en tanto que no sea necesario. Para ello dispone que el CCS elaborará disciplinas que aseguren que las medidas cubiertas no constituyan obstáculos innecesarios al CIS.

²³¹ Vid. MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Looking Ahead", *op. cit.*, pp. 222-223.

²³² Vid. LIM, A. H. Y DE MEESTER, B., (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014, pp. 349-350. Los autores estudian por ejemplo la forma en que el resultado de futuras disciplinas podría ponerse en práctica y exploran el impacto que esto podría tener.

Este mandato expresado en el *chapeau* del art. VI:4²³³ contiene elementos claves para entender la disposición, estos elementos son primero la delimitación de las medidas de regulación nacional relacionadas al comercio de servicios de las que se ocuparán las disciplinas; segundo el objeto y fin de la disposición que debe impregnar las futuras disciplinas multilaterales, es este objetivo que las medidas mencionadas no constituyan obstáculos innecesarios al CIS; y tercero el requerimiento formal al CCS de elaborar las disciplinas necesarias para cumplir con ese objetivo.

Explicado en términos de esta investigación, el art. VI:4 busca establecer las disciplinas multilaterales necesarias, respecto a ciertas regulaciones o reglamentaciones domésticas relacionadas con el sector servicios, a fin de que dichas regulaciones estén basadas en criterios de gobernanza regulatoria y sigan ciertos principios relacionados con la proporcionalidad. No incluye a todas o cualquier tipo de reglamentaciones domésticas relacionadas con el CIS²³⁴, sino que identifica un subconjunto de medidas concretas, reiteradas en la posterior Decisión relativa a la Reglamentación Nacional²³⁵. De esta forma, el primer párrafo del art. VI:4 indica las reglamentaciones nacionales de las que se ocuparán las futuras disciplinas, son las medidas relativas a:

- *las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud,*
- *las normas técnicas y*
- *las prescripciones en materia de licencias.*

Adicionalmente, el literal c) del art. VI:4 menciona a

- *los procedimientos en materia de licencias.*

Existe por ende consenso que las disciplinas se ocuparán de estos tipos de medidas. Las disciplinas sobre reglamentación nacional en el sector de contabilidad, ya aprobadas por los Miembros, se refieren a este tipo de medidas. En tanto que en las negociaciones del GTRN y hasta la fecha los Miembros han reconocido que las disciplinas de reglamentación nacional fundadas en el art. VI:4 están referidas a los instrumentos regulatorios arriba mencionados²³⁶.

²³³

²³⁴ Respecto a lo que se entiende por regulaciones domésticas en el sector de los servicios y una tipología de las regulaciones domésticas ver el Capítulo .

²³⁵ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Decisión relativa a la Reglamentación Nacional*, Doc. S/L/70, 1999, *cit.*

²³⁶ Los últimos proyectos de las disciplinas del art. VI:4 trabajados en el GTRN reflejan el consenso de los Miembros en este sentido desde hace varios años. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS*, *Nota informal del Presidente*, Documento de sala, 18 de abril 2007, párr. 2; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, Documento de Sala (*Texto del Presidente del 2009*), 20 de marzo de 2009, párr. 2. Además, el párr. 10 señala “Las presentes disciplinas son aplicables a las medidas de los Miembros relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las prescripciones y

Este subconjunto de medidas cubiertas por el art. VI:4 no incluye todas las formas de reglamentación mediante las cuales se pueden crear restricciones encubiertas o gravosas al CIS o limitarlo por no ser objetivas o transparentes, pero tal como señaló MARCHETTI, abarcan elementos de gran importancia en la comercialización de servicios a nivel nacional e internacional. Estos ítems fueron por ello considerados posibles obstáculos al comercio, por lo que se les vincula también a tres requisitos mínimos de cumplimiento²³⁷. Si bien la creación de disciplinas horizontales en estos tres ámbitos ha resultado bastante complicada hasta la fecha, cabe plantearse qué incidencia tendría si se consideraran estos tres instrumentos regulatorios solamente como “puramente indicativos”. Como sugirió Australia al inicio de las negociaciones, argumentando que en la práctica los sistemas de reglamentación nacional de los Miembros no responden “a la definición lógica de ninguno de esos tres tipos”²³⁸. Esta cuestión podría también estar relacionada con una pregunta general planteada en un reciente análisis técnico realizado por la Secretaría del GTRN: “¿En qué medida los problemas de reglamentación vinculados al comercio en los sectores o modos de suministro pueden quedar comprendidos en el ámbito de aplicación de las disciplinas de reglamentación nacional y abordarse mediante las disciplinas proyectadas del art. VI:4?”²³⁹

Dentro del marco del AGCS no existen definiciones formales de las expresiones consideradas para identificar a las medidas cubiertas por el art. VI:4. La Secretaría de la OMC, en el contexto del Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales, presentó una serie de definiciones sobre estas categorías²⁴⁰, y en esencia éstas fueron consideradas y aceptadas como definiciones de trabajo durante las negociaciones del GTRN para el desarrollo de las disciplinas

procedimientos en materia de títulos de aptitud y las normas técnicas que afecten al comercio de servicios cuando se hayan adquirido compromisos específicos. No son aplicables a las medidas en tanto constituyan limitaciones sujetas a consignación en las listas en virtud de los artículos XVI o XVII.” En base a este texto se continuaron las negociaciones. .

Las disciplinas en el sector de contabilidad ya aprobadas también se refieren a estas medidas. *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Decisión sobre las disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/63, 15 de diciembre 1998, párr. 2.

²³⁷ *Vid.* Marchetti 2006??

²³⁸ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación de Australia*, Doc. S/WPDR/W/1, 19 de julio 1999, párr. 2. Australia señaló qué otros tipos de reglamentación podrían abarcar: las fianzas/garantías y la participación en fondos o seguros de responsabilidad civil profesional; la educación para adultos (que podría englobarse en las disposiciones en materia de licencias); publicidad empresarial y comercialización; y obligaciones de prestación de servicios a la comunidad. Japón también sugirió que las disciplinas podrían aplicarse adicionalmente a otros instrumentos regulatorios, proponiendo que se acuerde un Anexo en Disciplinas de Reglamentación Nacional que “incluya medidas relacionadas con ..”, *vid.*

²³⁹ *Vid.*

²⁴⁰ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, *Pertinencia de las disciplinas de los acuerdos sobre obstáculos técnicos al comercio y sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación a los efectos del párrafo 4 del Artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Doc. S/WPPS/W/9, 1996, *cit.*, párr. 4. Estas definiciones se determinaron en relación al análisis de la pertinencia de las disciplinas de los Acuerdos sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación respecto al art. VI:4.

horizontales²⁴¹. En base a éstas los Miembros en el GTRN han venido debatiendo sobre las definiciones exactas que han de contener las futuras disciplinas, considerando también que estas definiciones no necesariamente se ajustan a todos los sectores de servicios²⁴².

El elemento central es que las disciplinas que elabore el CCS buscarán que las regulaciones nacionales no configuren obstáculos innecesarios, por lo que únicamente disciplinarán aquellos obstáculos o barreras²⁴³ al CIS que vayan más allá de lo necesario, en tanto no se ocuparán de cualquier prescripción o procedimiento relacionado con títulos de aptitud, licencias y normas técnicas que no constituyan un obstáculo al CIS. Como varios autores han mencionado en relación al requisito de la necesidad, se reconoce que las medidas cubiertas pueden dificultar el CIS en ciertas ocasiones, por lo que cierto grado de restrictividad al comercio causado por dichas medidas es permitido “*as long as it does not go beyond what is necessary*”²⁴⁴. En este sentido, el GE en el caso *EEUU – Juegos de Azar* ha señalado que las medidas que imponen procedimientos y requisitos en materia de títulos de aptitud, normas técnicas y prescripciones en materia de licencias, “*pueden mantenerse siempre que no constituyan "obstáculos innecesarios al comercio de servicios"*, con arreglo a los criterios establecidos en el párrafo 5 del artículo VI o a los criterios

²⁴¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría - Revisión*, Documento de trabajo, Doc. JOB(02)/20/Rev.10, 31 de enero 2005. Elaborado en base al documento OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, *Pertinencia de las disciplinas de los acuerdos sobre obstáculos técnicos al comercio y sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación a los efectos del párrafo 4 del Artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Doc. S/WPPS/W/9, 1996, cit. Vid. también *ibid.*, nota al pie del párr. 5; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Párrafo 4 del artículo VI del AGCS: Disciplinas en materia de reglamentación nacional para todos los servicios*, Doc. S/C/W/96, 1999, cit., párr. 4.

²⁴² En el contexto de las negociaciones del GTRN, estas definiciones de trabajo han sido usadas inicialmente en los debates y luego se han añadido elementos de las diferentes propuestas hasta llegar a las definiciones del borrador del texto del 2009, en base al cual se realizaron las últimas negociaciones. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Definiciones de prescripciones en materia de títulos de aptitud, procedimientos en materia de títulos de aptitud, prescripciones en materia de licencias, procedimientos en materia de licencias y normas técnicas*, Comunicación Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, Doc. S/WPDR/W/37, 6 de octubre de 2005; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal del Presidente*, 2007, cit., Sección X; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, 2009, cit.; Sección X; OMC, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4, Annotated Text*, 2010, cit.

²⁴³ Cabe mencionar que en el marco de esta investigación se ha analizado la regulación nacional como una barrera al comercio de servicios y se ha hecho una referencia a las barreras no discriminatorias, que pueden afectar al CIS por su carácter excesivamente gravoso. En este mismo sentido los términos ‘barreras’ y ‘obstáculos al CIS’ son usados en esta investigación de manera indistinta. Ver el apartado II B) La regulación nacional como barreras del comercio internacional de servicios del Capítulo Segundo.

²⁴⁴ Vid. DELIMATIS, P., "The Principle of Necessity in the WTO – Lessons for the GATS Negotiations On Domestic Regulation", *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series* Tilburg Law School 2013, p. 4. Lo mismo ocurre en el caso de las obligaciones del art. 2.2 del Acuerdo OTC que se ocupa de las restricciones al CI que exceden lo que es necesario para alcanzar el nivel de contribución que la reglamentación técnica hace al cumplimiento del objetivo legítimo, entonces se permite cierto grado de restrictividad. Vid. , párr. 318-320. Vid. también en este capítulo el apartado sobre Los objetivos legítimos de la medida: identificación, legitimidad y logro de los objetivos, p. 157.

que elabore el Consejo del Comercio de Servicios de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI,²⁴⁵.

Por ende es prioritario establecer con precisión qué se entiende por “obstáculos o barreras innecesarias” en este contexto, si bien esto es justamente una parte importante de la labor del actual del GTRN al elaborar las nuevas disciplinas, el punto de partida es que esta disciplina se basa en las regulaciones domésticas que pueden dificultar el CIS, incluso si no discriminan entre proveedores de servicios nacionales o extranjeros o restringen expresamente el AM²⁴⁶, por lo que el art. VI:4 se ocupa de los tipos de regulaciones (prescripciones y procedimientos en licencias, titulaciones y normas técnicas) que cumplan estos requisitos. Junto a este criterio está el reconocimiento de que este tipo de regulaciones puede constituir restricciones al comercio de servicios por ser indebidamente o excesivamente gravosas o engorrosas²⁴⁷, por ejemplo al no ser transparentes, carentes de un debido proceso, con procedimientos muy largos o costosos, entre otros. La principal dificultad está en determinar cuándo y cómo este tipo de regulaciones son necesarias para cumplir con sus objetivos legítimos, o en otras palabras cómo procurar que las regulaciones domésticas no restrinjan al comercio más de lo necesario para que puedan alcanzar sus objetivos.

En este sentido, el propósito general de las disciplinas, que las medidas cubiertas no configuren obstáculos innecesarios al comercio de servicios, estaría relacionado con el debate de la restrictividad²⁴⁸ y la teoría de la “medida menos restrictiva al comercio”²⁴⁹, que se sustenta en que se debe encontrar la medida alternativa razonablemente disponible, que sea “menos restrictiva al comercio” para demostrar que la medida no es necesaria. En este mismo sentido, según VRANES, el enfoque de “más allá de la no disciplinación”, que requiere en particular que los obstáculos al

²⁴⁵ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, cit., párr. 6.303. A diferencia de las medidas que constituyen limitaciones del acceso a los mercados en el sentido del artículo XVI y que, si no están consignadas en listas, tienen que eliminarse.

²⁴⁶ Vid. KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 179.

²⁴⁷ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 130; DELIMATSI, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*

²⁴⁸ Las regulaciones nacionales pueden afectar al CI, incluso si son no discriminatorias. Los ejemplos más importantes son las normas del Acuerdo MSF y del Acuerdo OTC, que contienen disciplinas para reglamentaciones no discriminatorias como el requerimiento de sólo aplicar regulaciones que no creen barreras innecesarias al comercio, el uso de normas internacionales cuando se adopten e implementen regulaciones, o que las regulaciones se basen en evidencias científicas. Vid. art. 2.2 y 2.3 del Acuerdo OTC y art. 2.2, 3.3, 5.6 del Acuerdo MSF.

²⁴⁹ La cuestión de los obstáculos innecesarios al comercio de servicios está vinculada con las medidas menos restrictivas al comercio y el debate de la restrictividad, que consiste en que “en la búsqueda de la eficiencia económica se deben encontrar medidas alternativas razonablemente disponibles y relevantes para el caso particular que sean menos restrictivas al comercio”. “*Most Members say that the VI:4 disciplines should not impose measures that are “least trade restrictive”, which would unduly restrict the choice of regulatory tools by governments*”. Vid. , p. 31; .

comercio no sean más restrictivos al comercio de lo necesario, inspira los arts. VI:4 y V:5 del AGCS²⁵⁰.

Por ende, se entendería que el mandato del art. VI incluiría la creación de una “prueba de necesidad”²⁵¹, tal como parece desprenderse en concreto de uno de los elementos mínimos que deberán tener las disciplinas, según lo indicado en el art. VI:4 b) las reglamentaciones no deben ser más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio²⁵². Sin embargo, en las negociaciones del GTRN se ha venido cuestionando la inclusión de la prueba de necesidad, especialmente en relación con el contenido del párrafo b) del art. VI:4. A pesar de que el texto del art. VI:4 menciona expresamente que las disciplinas que se elaboren tienen como objetivo asegurar que las medidas cubiertas “no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios”, siguen surgiendo diversos planteamientos respecto a cómo debe expresarse el fin último de las disciplinas.

En este sentido, la mayoría de los Miembros han propuesto recientemente que la finalidad de las disciplinas sea expresado en el sentido que “la finalidad de estas disciplinas es facilitar el comercio de servicios, asegurando que las medidas ... se basen en criterios objetivos y transparentes, como la competencia y la capacidad de suministrar el servicio, y no constituyan *restricciones encubiertas del comercio de servicios*”²⁵³. Nótese que en estos términos de negociación se ha dejado de lado la terminología “obstáculos innecesarios al comercio de servicios” expresamente señalada en el art. VI:4, por otra al parecer menos estricta o más alejada de una potencial prueba de necesidad²⁵⁴. Si bien cabe señalar que aún están sobre la mesa otras propuestas relacionadas con la inclusión de referencias a una prueba de necesidad. En este sentido existe aún la propuesta alternativa de que el párrafo introductorio sobre el fin u objeto de las disciplinas incluya expresamente que las medidas objeto del art. VI:4 “no constituyan obstáculos

²⁵⁰ Vid. VRANES, E., "The WTO and Regulatory Freedom: WTO Disciplines on Market Access, Non-Discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Services", *Journal of International Economic Law*, 2009, pp. 953-987, en p. 968. Además, este enfoque es también una característica del Acuerdo OTC y del Acuerdo MSF.

²⁵¹ En su forma más amplia, la prueba de necesidad, que requiere que una medida tenga el efecto menos restrictivo en una libertad individual mientras que alcance el objetivo político deseado de la medida, generalmente involucra tres pasos: 1) se deben identificar los objetivos deseados por la medida, 2) la medida en cuestión debe ser comparada con otra medida que es menos restrictiva, 3) la medida menos restrictiva debe tener al menos el mismo efecto en alcanzar la meta política deseada. *Vid.* , p. 154.

²⁵² DELIMATIS, en diferentes contribuciones sobre el art. VI del AGCS, defiende la existencia de un mandato para elaborar una prueba de necesidad en el art. VI:4 y de su inclusión en las nuevas disciplinas. *Vid.* por ejemplo DELIMATIS, P., "Necessity, Transparency and Regulatory Diversity in Trade in Services. An Analysis of Article VI of the GATS", *op. cit.*; DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*; DELIMATIS, P., "Towards a Horizontal Necessity Test for Services: Completing the GATS Article VI:4 Mandate", *op. cit.*

²⁵³ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, 2009, *cit.*, párr. 2.

²⁵⁴ *Vid.*

innecesarios al comercio de servicios” o no sean “más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio”²⁵⁵.

Finalmente el *chapeau* del art. VI:4, luego de prever los objetivos y medidas cubiertos por las futuras disciplinas, requiere claramente que se elaboren las disciplinas necesarias para cumplir con este objetivo, el mandato deberá ser cumplido por el CCS por medio de los órganos apropiados. Las guías para la elaboración de las disciplinas son dadas en el siguiente párrafo del art. VI:4 mediante una relación indicativa de requisitos que deben cumplir las reglamentaciones nacionales para no constituir obstáculos innecesarios al CIS.

Actualmente el mandato para la creación de las disciplinas se realiza en el marco del GTRN creado en 1999 y debe completar las negociaciones antes de la conclusión de las negociaciones sobre compromisos específicos²⁵⁶, sin embargo los Miembros a pesar de las llevar negociando desde el inicio de la RD no han podido llegar a un acuerdo sobre un texto final. Las negociaciones basadas en el último borrador del texto del 2009²⁵⁷, se intensificaran a fin alcanzar un resultado para la conferencia Ministerial del 2011²⁵⁸ la falta de acuerdo político y la suspensión de las negociaciones generales de servicios a partir del 2011²⁵⁹ ha llevado a que actualmente el trabajo sustantivo del GTRN se limite a la revisión de cuestiones técnicas²⁶⁰.

²⁵⁵ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 14 de abril 2011. En los elementos del texto revisado, basado en el texto del presidente del 2009, p. 7, párr. 2 del proyecto de disciplinas.

²⁵⁶ El GTRN reemplazo al Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales creado inicialmente en 1995 para implementar el mandato del art. VI:4. La labor del GTRN y sus antecedentes se revisan mayor detalle en el Capítulo Sexto. (Apartado I b) 1 : Antecedentes y fórmulas de negociación para la creación sobre las nuevas disciplina de reglamentación nacional)

²⁵⁷ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, 2009, cit.

²⁵⁸ REVISAR Pendiente doc que llama a intensificación de las negociaciones

²⁵⁹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, cit.

Durante la reunión del Consejo en Sesión Extraordinaria celebrada el 15 de abril del 2011, el Presidente del GTRN redactó un informe de situación de las negociaciones. Algunas opiniones de los Miembros se recogen en el Informe del Presidente del Consejo en Sesión Extraordinaria al Comité de Negociaciones Comerciales y en el acta de la reunión. Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Negociaciones sobre el Comercio de Servicios - Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales*, Doc. TN/S/36, 21 de abril 2011, párr. 76 y 77. y TN/S/M/42.

²⁶⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, cit. El WPDR acordó a mediados del 2011 mantener debates sobre la base de los temas presentados por los Miembros a manera de preguntas. Estas preguntas figuraban en el documento de sala que contiene la Lista recopiladas de posibles cuestiones técnicas para debate (RD/SERV/68), así como en un cuadro en el documento RD/SERV/70 en el que se reproducían todas las cuestiones, organizadas según el tema y el Miembro. Vid. GTRN, INFORME ANUAL DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL AL CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS (2012), S/WPDR/15, 5 de diciembre de 2012, párr. 2. Asimismo S/WPDR/M/5 S/WPDR/M/52 y S/WPDR/M/53

Los posibles elementos en las disciplinas podrían incluir disposiciones generales sobre objetivos de las disciplinas y definiciones, disciplinas de transparencia, disciplinas relacionadas con los procedimientos, disciplinas sobre la prueba de necesidad y disciplinas específicas sobre los PED²⁶¹. Las implicancias de la inclusión de estos aspectos será discutida con mayor detalle en el Capítulo Sexto, cabe resaltar en este apartado dos elementos del mandato, sobre los que parece haberse alcanzado cierto acuerdo que son el alcance de las disciplinas en relación a los sectores cubiertos y la relación del art. VI:4 con los arts. XVI y XVII del AGCS.

El alcance de las futuras disciplinas está relacionado con la cuestión de si estas disciplinas se limitarán a orientar los sectores en los que los Miembros han realizado compromisos sectoriales o si serán disciplinas que cubran todos los sectores de servicios sin diferenciación. Del texto del art. VI:4 no parece que exista una restricción a que las disciplinas se limiten a los sectores con compromisos²⁶². Sin embargo, los Miembros durante las negociaciones han optado por limitar el alcance de las futuras disciplinas solamente a los sectores con compromiso, tal como se refleja en el más reciente proyecto de texto de las disciplinas en el marco del GTRN²⁶³, aunque el resultado de las disciplinas no puede adelantarse definitivamente.

En relación al alcance del mandato del art. VI:4 se discute también la relación entre esta disposición con otras contenidas en el AGCS, en especial con el art. XVI y XVII, el objetivo de este debate es determinar qué medidas estarían bajo el alcance de revisión de las futuras disciplinas de reglamentación nacional del art. VI. La discusión se ha realizado tanto en el marco de las negociaciones del GTRN como por la doctrina y ha sido una de las consideración y reflexiones incluidas en la decisiones del GE en el Asunto *EEUU – Juegos de azar*.

La transcendencia de la interacción del art. VI:4 con otras disposiciones se sustenta en que en principio no existiría una relación entre las diversas disposiciones y cada una podría aplicarse de manera acumulativa a cualquier medida de regulación doméstica cuando sea pertinente. Por lo que un posible solapamiento crearía inestabilidad y falta de previsibilidad en la aplicación del AGCS, lo que puede aún ser factible cuando las disciplinas de reglamentación están por definirse. Este

²⁶¹ Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Draft Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4*, Second Revision, Room Document, Informal Note by the Chairman, 20 March 2009

²⁶² A diferencia de los párrs. 1, 3 y 5 donde sí aparece una referencia explícita a que las disposiciones se deben aplicar respecto de los sectores en que los Miembros hayan contraído compromisos específicos,

²⁶³ El párr. 10 del proyecto de las disciplinas de 2009 señala “Las presentes disciplinas son aplicables a las medidas de los Miembros relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y las normas técnicas que afecten al comercio de servicios cuando se hayan adquirido compromisos específicos....” Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, 2009, *cit.* También en las disciplinas del sector de contabilidad se optó por este balance de limitar las disciplinas a sectores con compromisos. Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Decisión sobre las disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/63, 1998, *cit.*, párr. 1.

análisis es importante para los PED, ya que, como ha resaltado VRANES, el impacto jurídico del AGCS en la autonomía regulatoria de los Miembros depende significativamente de esta relación²⁶⁴.

Partiendo de la distinción general que existe entre el art. XVI y XVII con el art. VI, el art. VI, al igual que el art. XVII sobre TN y el art. XVIII sobre compromisos adicionales, se ocupa de las llamadas regulaciones domésticas que afectan al suministro de servicios (restricciones al CIS causadas por medidas nacionales internas), en particular se refieren a los aspectos cualitativos de los servicios o de los proveedores de los servicios²⁶⁵. El art. VI establece disciplinas que contienen requisitos de transparencia y buena administración en los art. VI:1 y VI:3 y el requerimiento de que la medida no sea más restrictiva (gravosa) de lo necesario en el art. VI:5. El art. VI:4, como se ha señalado, no requiere que las regulaciones nacionales no sean más restrictivas de lo necesario, ni tampoco que no constituyan obstáculos innecesarios al comercio, pero expresa esto último como un objetivo y fundamento para el mandato de establecer disciplinas adicionales. El art. VI:4 b) se refiere a que las reglamentaciones no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio (discutiblemente gravosa se equipara a restrictiva).

El argumento general es que el mandato del art. VI:4 está dirigido solamente a las regulaciones domésticas que no son discriminatorias, por ende no están al alcance del art. XVII ni encajan en el ámbito de aplicación del art. XVI sobre AM lo que es comparable a las disposiciones del Acuerdo de OTC y MSF en relación al comercio de bienes²⁶⁶. Sin embargo surge una duda razonable sobre un posible solapamiento en la aplicación de estas previsiones, lo que significaría que ciertas medidas estuvieran cubiertas tanto por los arts. XVI o XVII y el art. VI:4 al mismo tiempo. Este cuestionamiento se sustenta inicialmente en que el art. VI no señala explícitamente que su aplicación se circunscribe a medidas no discriminatorias.

Para resolver esta incertidumbre se acude al enfoque de la “mutua exclusividad” de las disposiciones, para lo cual se ha tomado como guía el documento de las Directrices para la

²⁶⁴ Vid. VRANES, E., "The WTO and Regulatory Freedom: WTO Disciplines on Market Access, Non-Discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Services", *op. cit.*

²⁶⁵ Como señaló PAUWELYN, las regulaciones domésticas están sujetas a una amplia autonomía regulatoria y como regla general el AGCS solamente las restringe cuando discrimina contra los importadores, a pesar de esta distinción entre las restricciones de acceso al mercado y la regulación doméstica, los límites entre estos artículos continúan sin consolidarse. *Vid.* , p. 132.

²⁶⁶ Vid. Working Party on Professional Services, The Relevance of the Disciplines of the Agreements on Technical Barriers to Trade (TBT) and on Import Licensing Procedures to Article VI.4 of the General Agreement on Trade in Services. Note by the Secretariat, 11 September 1996, WTODoc. S/WPPS/W/9. En este sentido señala VRANES que “*This deserves to be noted given that Article VI:4-5 of the GATS, which is concerned with similar technical regulations—‘qualification requirements and procedures, technical standards and licensing requirements’—in the services sector, provides for comparable self-standing necessity disciplines.*” Vid. VRANES, E., "The WTO and Regulatory Freedom: WTO Disciplines on Market Access, Non-Discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Services", *op. cit.*, p. 9.

consignación en Listas de 1993²⁶⁷, que puede ser considerado como un medio suplementario de interpretación del AGCS²⁶⁸. Las directrices contienen algunos elementos relacionados con esta cuestión incluidos en las directrices: señalan que los requisitos mínimos asociados a los criterios para el otorgamiento de licencias (por ejemplo, exigencia de un capital mínimo para el establecimiento de una sociedad) no están comprendidos en el ámbito del art. XVI. Si una medida de este tipo es discriminatoria en el sentido del art. XVII y no puede justificarse como excepción, debe consignarse como una limitación al trato nacional. Si la medida no es discriminatoria, está sujeta a las disciplinas del art. VI:5. Esta exclusión se ha extendido a los procedimientos de licencias y a las prescripciones y procedimientos de los títulos de aptitud.

Por otro lado la estructura del AGCS y, en particular, las características de disciplinas establecidas en la Parte III del AGCS, titulada “Compromisos específicos”, arrojan luz sobre la relación entre estas disposiciones. La parte III del AGCS, que define las medidas que constituyen restricciones al CIS e intenta liberalizar esas restricciones, está compuesta esencialmente²⁶⁹ por el art. XVI (“Acceso a los Mercados”) y art. XVII (“Trato Nacional”). Esas disposiciones tienen por objeto establecer obligaciones jurídicas relacionadas con la necesidad de abstenerse en la utilización de medidas restrictivas del comercio. En tanto que la Parte II del AGCS sobre obligaciones generales contiene obligaciones y en ella se incorpora el art. VI sobre reglamentación nacional, de esta forma se reconoce el derecho de mantener medidas de regulación domésticas, y se sujetan éstas a disciplinas futuras del art.V:4 a fin de minimizar el impacto negativo de dichas medidas en el CIS. Estas medidas no pueden consignarse como limitaciones en las listas de los Miembros²⁷⁰.

En el proceso de elaboración de disciplinas sobre la reglamentación nacional en el sector de la contabilidad, de conformidad con el art. VI:4 del AGCS, el GTSP abordó el posible

²⁶⁷ Directrices para la consignación en Listas de 1993, párrafos 4-5. Las Directrices revisadas de 2001 sobre la consignación en listas tienen un anexo 4 titulado “Debate sobre cuestiones relativas a los arts. XVI y XVII del AGCS en conexión con las disciplinas sobre la reglamentación nacional en el sector de la contabilidad, cuyos párrafos 2 y parecen confirmar la interpretación de que, con arreglo al sentido corriente de sus términos respectivos, los arts. VI y XVI son mutuamente excluyentes.

²⁶⁸ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párrs. 171 ss.

²⁶⁹ El art. XVIII (“Compromisos Adicionales”) forma parte de la parte II del AGCS, sin embargo constituye un marco jurídico para consignar en listas compromisos específicos que definirían, caso por caso, en relación con cualesquiera medidas no incluidas en el ámbito de aplicación del art. XVI o el art. XVII. Parece también que la concepción del art. XVIII estuvo vinculada a la del párrafo VI:4, cabe señalar, no obstante, que el ámbito del art. XVIII trasciende el del párrafo 4 del art. VI, ya que el primero prevé la posibilidad de negociar compromisos sobre cuestiones distintas de los títulos de aptitud, las normas o las licencias. Sobre la relación entre el art. IV y el art. XVIII *vid.*, en p. 1075 y, p 16.

²⁷⁰ *Vid.* WOUTERS, J. Y COPPENS, D., “GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization”, *op. cit.*, p. 229; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Párrafo 4 del artículo VI del AGCS: Disciplinas en materia de reglamentación nacional para todos los servicios*, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/96 1 de marzo de 1999 párr. 13.

solapamiento de estas disposiciones²⁷¹, y concluyó afirmando que a fin de “garantizar la certidumbre jurídica”, las nuevas disciplinas elaboradas de conformidad con el art. VI:4 no deben duplicar otras disposiciones ya existentes en el AGCS, entre ellas los arts. XVI y XVII²⁷². De esta forma, las disciplinas de contabilidad excluyen explícitamente las medidas sujetas a compromisos específicos²⁷³. Posteriormente, el GTRN identificó también la relación entre estas disposiciones como una de las cuestiones que debía examinarse en el proceso de elaboración de disciplinas en materia de reglamentación²⁷⁴. En resumen, su perspectiva respecto al posible solapamiento en particular con el art. XVI ha sido la practicidad de una de mutua exclusividad²⁷⁵, estableciendo una clara línea divisora entre la aplicación del art. VI:4 y las otras disposiciones²⁷⁶.

El Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Juegos de azar* siguió la interpretación de exclusividad entre estos artículos. Aclarado que “El Artículo VI:4 y VII:5 de un lado y el XVI del otro son mutuamente excluyentes”²⁷⁷ El Grupo Especial llega a estas conclusiones basándose en las diferencias de naturaleza y objeto de las obligaciones de estas disposiciones.²⁷⁸ Estas conclusiones

²⁷¹ El debate sobre la relación entre estas disposiciones se inició con el GTSP, el Presidente elaboró una nota en la que observó que “las nuevas disciplinas elaboradas de conformidad con el párrafo 4 del art. VI no deben duplicar otras disposiciones ya existentes en el AGCS, entre ellas los arts. XVI y XVII”, *vid.* Documento sin signatura N° 6496, de 25 de noviembre de 1998, párrafo 2. Esta nota explicaba la forma en que el Grupo de Trabajo llevó a cabo su labor en relación con los tipos de medidas que tendría en cuenta al formular las disciplinas sobre el sector de la contabilidad y se reconoció que “ciertas categorías de medidas requieren un examen cuidadoso para determinar si una medida concreta está comprendida en las disciplinas del párrafo 4 del art. VI o está sujeta a consignación en listas en virtud del art. XVII”.

²⁷² *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Párrafo 4 del artículo VI del AGCS: Disciplinas en materia de reglamentación nacional para todos los servicios*, Doc. S/C/W/96, 1 de marzo de 1999, *cit.*, párr. 14.

²⁷³ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Decisión sobre las disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/63, 1998, *cit.*, párr. 1.

²⁷⁴ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Párrafo 4 del artículo VI del AGCS: Disciplinas en materia de reglamentación nacional para todos los servicios*, Doc. S/C/W/96, 1999, *cit.*, párrafos 7 a 9 y 13. La cuestión de la relación también se identificó en la Lista recapitulativa de cuestiones para el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional elaborada por el Presidente del Grupo de Trabajo (JOB(01)/92 (5067/Rev.1) de 19 de junio de 2001), y los debates posteriores se han reseñado en el Resumen de los debates sobre la *Lista recapitulativa de cuestiones para el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional* (última actualización en el documento JOB(02)/3/Rev.7 de 23 de septiembre de 2003).

²⁷⁵ *Vid.* KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 139.

²⁷⁶ El párr. 10 del proyecto de las disciplinas de 2009 señala también: “No son aplicables a las medidas en tanto en cuanto constituyan limitaciones sujetas a consignación en listas en virtud de los artículos XVI y XVII.”, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, 2009, *cit.* También en las disciplinas del sector

²⁷⁷ *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, *cit.*, párr. 6.305.

²⁷⁸ El Grupo Especial determina que su interpretación se basa en el sentido corriente de las palabras. Sin embargo, es difícil ver cómo el Grupo Especial puede derivar esto de su línea de argumentación. *Ibid.*, párr. 6.308.

129 Report by the Panel, US—Gamling, *loc. cit.*, supra n. 15, párr. 6.302.

pueden extenderse a las relaciones entre el art. VI:4/5 y el art. XVII. Primero, las deliberaciones que el panel desarrolló son igualmente aplicables a esta relación. En segundo lugar, esta extensión es confirmada implícitamente por el Grupo Especial en su declaración que “la organización del GATS (...) proyecta luces de la correlación que existe entre los arts. XVI, XVII y XVIII, el último de los cuales puede incluir las medidas que caen dentro del alcance del art. VI:4”²⁷⁹.

El enfoque de mutua exclusividad asumido por el GTRN coincide con la mayoría de la doctrina, la cual ha señalado en varias ocasiones que no debería haber un solapamiento entre dichas disposiciones²⁸⁰, si bien algunos autores por otro lado critican el enfoque del alcance estrecho de las disposiciones²⁸¹. “Las visiones académicas han identificado las ventajas y desventajas de ambos enfoques”²⁸².

En relación al asunto *EEUU – Juegos de Azar*, PAUWELYN señala que el GE (y en menor grado el OA) impuso una prueba de necesidad por la puerta trasera (ya que esta prueba no ha sido aún desarrollada en el contexto del art. VI:4), esto es encontrar que las leyes de apuestas de los EEUU constituían restricciones de acceso al mercado y segundo pailinf estas leyes bajo la prueba de necesidad de las excepciones del art. XIV (moral pública).

En este sentido señala KRAJEWSKI que el punto de partida para el análisis del alcance del art. VI:4 debe ser su formulación, en tanto que las suposiciones sobre la justificación de un disposición deben usarse solamente como un argumento adicional²⁸³.

Por otra parte, KRAJEWSKI ha notado que un solapamiento podría limitar el derecho de los Miembros establecido en los arts. XVI y XVII. Si los Miembros hacen compromisos específicos en un sector específico, están permitidos a restringir el acceso al mercado o discriminar entre los proveedores de servicios nacionales y extranjeros en tanto como estas restricciones serán

130 Report by the Panel, US—Gamling, loc. cit., supra n. 15, párr. 6.303-6.304. Report by the Panel, US—Gamling, loc. cit., supra n. 15, párr. 6.307-6.308. The Panel

referred to the 1993 Scheduling Guidelines, as part of the context (párr. 6.307) and found confirmation for its interpretation in the Annex to the Revised Scheduling Guidelines of 2001(S/L/92) that contains an informal note by the Chairman as cited in footnote 87.

²⁷⁹ *Ibid.*, párr. 6.309.

²⁸⁰ *Vid.* entre otros MATTOO, A., "Shaping Future GATS Rules for Trade in Services", World Bank - Development Research Group (DECRG), 2001, p. 3; KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 139-140.

²⁸¹ *Vid.* por ejemplo R. Janda, "GATS Regulatory Disciplines Meet Global Public Goods: The Case of Transportation Services", in A. Mattoo and P. Sauvé, loc. cit., supra n. 6, 119-120.

²⁸² Cita textual de DELIMATIS, P. Y MOLINUEVO, M., "Article XVI GATS ", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 367-395, p. 393. *Vid.* también PAUWELYN, J., "Rien ne va plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS", *op. cit.*, p. 152; DELIMATIS, P., "Don't Gamble with GATS - The Interaction between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the US - Gambling Case", *op. cit.*, p. 1069; KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 194.

²⁸³ *Vid.* KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 195.

listadas²⁸⁴. Este derecho de los Miembros a listar estas restricciones podría ser minado si en Grupo Especial concluyera que estas limitaciones constituyen una violación del art. VI:4 porque fueran más restrictivas de lo necesario.

Los arts. XVI y XVII y el art. VI:4 están destinados a abordar distintos aspectos de una medida. En principio, las medidas relativas a las licencias y los títulos de aptitud podrían tener aspectos de acceso a los mercados y trato nacional y aspectos reglamentarios. Los aspectos de acceso a los mercados y trato nacional de esas medidas (por ejemplo, exigencia de certificados distintos específicamente para los proveedores extranjeros) serían abordados por los arts. XVI y XVII, mientras que los aspectos reglamentarios (por ejemplo, el carácter oneroso de los procedimientos de administración de las prescripciones en materia de certificación) serían abordados por las disciplinas del art. VI:4. La relación entre los arts. XVI y XVII y el art. VI:4 podría definirse como complementaria, y este carácter se encuentra en sus funciones, y no en el ámbito de medidas al que cada uno de ellos se aplica.²⁸⁵ Sin embargo, siguen existiendo varias cuestiones prácticas en cuanto a la forma en que debería definirse la frontera entre el ámbito de aplicación de los arts. XVI y XVII y del art. VI:4. Cabe citar que aún existen diferencias en las opiniones de los Miembros sobre dónde debería situarse el límite, y si medidas concretas pueden estar sujetas a los arts. XVI y XVII o al art. VI (por ejemplo, las prescripciones en materia de residencia y el reconocimiento de los títulos de aptitud extranjeros).

En todo caso, si bien la línea divisoria entre el art. VI:4 y los arts. XVI y XVII parece algunas veces borrosa, a fin de delimitar su alcance por fines prácticos, se debe considerar que esta disposición se creó para alcanzar el objetivo de encontrar una solución sistémica de efecto más duradero para abordar la restrictividad causada por los aspectos cualitativos de las medidas regulatorias, en los aspectos no contemplados en el alcance de los arts. XVI o XVII. Por lo que la solución dada por el GTRN, en el sentido que el ámbito de las disciplinas cubre solamente medidas no discriminatorias, excluyendo las medidas sujetas al listado de compromisos, da mayor certeza del alcance de las disciplinas. Esto contribuye también a respetar la soberanía regulatoria los Miembros²⁸⁶.

²⁸⁴ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 113.

²⁸⁵ Los arts. XVI y XVII abordan la restricción del acceso a los mercados y cualquier tipo de discriminación en materia de trato nacional, mientras que el párrafo 4 del art. VI se centra en la necesidad, la transparencia, etc. de las prescripciones y procedimientos en materia de licencias, títulos de aptitud, etc. En consecuencia, los procedimientos relativos a las prescripciones discriminatorias consignadas en listas en virtud del art. XVII podrían estar en cualquier caso sujetos a las disciplinas del párrafo 4 del art. VI con respecto a sus aspectos reglamentarios, por ejemplo, en relación con la falta de transparencia o si son más restrictivos del comercio de lo necesario.

²⁸⁶ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 139-140.

2. Requisitos de las futuras disciplinas en relación a los requerimientos exigidos a las reglamentaciones nacionales

Como se ha comentado, el objetivo del art. VI:4 se centra en procurar que los efectos de restricción al comercio de servicios que pudieran causar las regulaciones nacionales se sitúen en el nivel necesario, a fin que sean compatibles con el objetivo perseguido por la medida regulatoria en concreto. Para ello las futuras disciplinas establecerán requisitos que deberán cumplir las medidas cubiertas por el art. VI:4, a fin de que éstas sean consideradas “lícitas”²⁸⁷ en relación al objetivo general de la disposición de que estas medidas “no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios”.

Los tres requisitos que deben cumplir las reglamentaciones nacionales cubiertas y que serán garantizados por las futuras disciplinas de conformidad con la segunda parte del art. VI:4 son, entre otros:

- i) basarse en criterios objetivos y transparentes;
- ii) no ser más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio;
- iii) en el caso de los procedimientos en materia de licencias, no constituir de por sí una restricción al suministro del servicio.

Éstos constituyen también elementos indicativos de las futuras disciplinas²⁸⁸, por lo que las prescripciones y procedimientos en materia de licencias y títulos de aptitud y las normas técnicas podrían también ser requeridos de cumplir otras disciplinas relacionadas. Por ejemplo, una mayor transparencia en los procedimientos y prescripciones, como pueden ser el uso de comentarios o publicaciones previas; o la inclusión de disciplinas relacionadas con la buena administración de los procesos administrativos, como la independencia de las autoridades regulatorias y otras disciplinas relacionadas con el debido proceso de las revisiones administrativas o judiciales, entre otros.

También sería posible ampliar la lista de objetivos legítimos de las medidas en cuestión además de la calidad del servicio, que es inicialmente el objetivo legítimo mencionado expresamente en el art. VI:4 y el que guía el criterio de la necesidad de la medida en relación a su restrictividad. Podría incluirse dentro de los objetivos legítimos, por ejemplo, la protección de los

²⁸⁷ “A tenor del artículo VI, las medidas son lícitas si cumplen las prescripciones establecidas en el párrafo 4.” También ha señalado la Secretaría que los efectos incidentales de restricción del comercio, causados por las regulaciones nacionales deben situarse “en el nivel mínimo compatible con el logro del objetivo perseguido” por la medida. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, *Pertinencia de las disciplinas de los acuerdos sobre obstáculos técnicos al comercio y sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación a los efectos del párrafo 4 del Artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Doc. S/WPPS/W/9, 1996, *cit.*, párr. 3.

²⁸⁸ Estos requisitos contienen una lista de características mínimas que las disciplinas en reglamentación podrían incluir, en este mismo sentido *vid.* DELIMATIS, P., "Towards a Horizontal Necessity Test for Services: Completing the GATS Article VI:4 Mandate", *op. cit.*; DELIMATIS, P., "Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come", *op. cit.*, p. 369.

consumidores, la calidad del servicio o, en servicios profesionales, la competencia y la integridad profesional²⁸⁹. También podría darse una interpretación amplia al criterio de calidad de servicio, incluyendo objetivos de política pública más generales como la protección medioambiental o sanitaria, procurando de esta manera una menor intrusión en la capacidad regulatoria de los Miembros.

Estos aspectos constituyen una muestra del contenido impreciso de los estándares que orientan la creación de las disciplinas y el resultado imprevisible de los requisitos que se impongan a las medidas cubiertas. Estos estándares jurídicos no han sido en su mayoría definidos en el marco del AGCS, y los negociadores han venido apoyando o debatiendo diversas aproximaciones que parezca que tengan claro el contenido.

Cabe recordar, en relación a los PED, que en un reciente documento de la Secretaría de la OMC sobre la reglamentación de los servicios y los PED se ha recordado que en el AGCS se reconocen expresamente las dificultades de los PED y que a pesar de no ofrecer directamente una orientación sobre cómo conseguir un enfoque reglamentario eficaz (“*sound regulatory approach*”) – o en términos de esta investigación, una regulación de calidad – el Acuerdo contiene varias disposiciones de buena gobernanza estipuladas en los arts. III y VI²⁹⁰. Por ende y basándose también en que uno de los principales retos es conseguir una mejor regulación (“*better regulation*”), que consiga más efectivamente los objetivos de política pública con la menor distorsión en los mercados²⁹¹, se considera que el contenido de las nuevas disciplinas sobre reglamentación nacional del AGCS debe ser debatido y analizado desde la perspectiva de los intereses comerciales y de política pública de los PED.

Con ello en mente, se comentan seguidamente con detalle dos de los requisitos que deben cumplir las reglamentaciones nacionales cubiertas por el art. VI:4, de conformidad con las futuras disciplinas. Los requerimientos de que la regulación debe basarse en criterios objetivos, como la competencia y la capacidad de suministrar el servicio, y que no debe ser más gravosa de lo necesario para asegurar la calidad del servicio han sido los más debatidos y cuestionados. Esta imposición se establece y se relaciona con la creación de una “prueba de necesidad”, prueba que servirá para evaluar la compatibilidad con el AGCS de las medidas de reglamentación con efectos de restricción al comercio. Se analizarán estos dos requisitos incorporados en el art. VI:4, el porqué

²⁸⁹ Ver la propuesta de Australia al inicio de las negociaciones que señala que los trabajos del GTRN sobre los objetivos legítimos en la reglamentación nacional deberán basarse en esas definiciones, basados en los objetivos legítimos considerados en las disciplinas para el sector de la contabilidad. *Vid.* COMUNICACIÓN DE AUSTRALIA, S/WPDR/W/1, 19 de julio de 1999, párr. 7; (párrafo 2 de la Sección II).

²⁹⁰ *Vid.* WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Services-Related Regulatory Challenges Faced by Developing Countries*, Note by the Secretariat, Doc. S/WPDR/W/51, 1 de marzo 2013, párr. 2.10.

²⁹¹ *Vid.* W 51 ver la conclusión b de la nota de la secretaria

de su contenido nebuloso, qué interpretación se considera más acertada basada en el fin último de la disposición, y las potenciales consecuencias para los PED.

a) *Las medidas cubiertas deben basarse en criterios objetivos y transparentes: como “la competencia y la capacidad de suministrar el servicio”*

Los Miembros han establecido que las prescripciones cubiertas “se basen en criterios objetivos y transparentes”²⁹². Este requisito parece contener, como un objetivo general de las disciplinas, evitar reglamentaciones que sean subjetivas o no razonables, o poco transparentes. Asimismo, parece procurar un marco regulador que esté basado en principios de “buena gobernanza regulatoria”.

Ya que el requisito de que las medidas cubiertas se basen en criterios objetivos y transparentes son considerados requisitos mínimos que deben cumplir las regulaciones, el reto es que inspiren disciplinas con requisitos más exigentes y que se plasmen en forma de normas positivas. La creación de un marco regulatorio “*trade friendly*” y estable, basado en criterios objetivos y transparentes conlleva inevitablemente la limitación de la autoridad o capacidad regulatoria de los Miembros, la cual según DELIMATSIS sería de lo contrario “amplia”²⁹³. Sin embargo es imprescindible que esta limitación sea prudente y que los límites estén claros, de ahí que este estándar debe ser interpretado y trasladado en las disciplinas con esta consideración.

Este requisito mínimo que deben cumplir las futuras disciplinas consiste en que las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, las normas técnicas y las prescripciones en materia de licencias, se “basen en” o se sustenten en ciertos criterios determinados. El art. VI:4 remarca que los criterios deben ser “objetivos y transparentes”, pero no indica mediante una lista cerrada a qué criterios se refiere, lo que hace es señalar a manera de ejemplo “la competencia y la capacidad de suministrar el servicio”. Al no especificar la definición de los términos “objetivo y transparente”, los criterios en que sustentan estas medidas no están claramente definidos, más aun dado que la lista de criterios no está delimitada.

Son entonces varias cuestiones las que se plantean en relación al contenido jurídico de este requisito y en su implementación en las futuras disciplinas:

¿Cuál es el significado o qué implica que las medidas en cuestión se “basen” en ciertos criterios?, ¿Qué se entiende por criterio “objetivo y transparente” en el marco del art. VI:4 del AGCS?, ¿Son “la competencia y la capacidad de suministrar el servicio” los únicos objetivos legítimos en los que se deben basar las medidas en cuestión?

²⁹² Vid. Art. VI:4 a).

²⁹³ Vid. DELIMATSIS, P., "Concluding the WTO services negotiations on domestic regulation - hopes and fears", *op. cit.*, p. 651.

Estas consideraciones son importantes desde una perspectiva teórica y también en la práctica de las negociaciones del GTRN, a fin de determinar cómo los Miembros deben entender o redefinir estos criterios e incluirlos en las futuras disciplinas. En efecto, estos aspectos de las obligaciones generales a los que estarán sujetas todas las medidas, si bien se ha incluido tal cual en el último proyecto de las disciplinas, es uno de los elementos en los que aún no se ha logrado un acuerdo entre los Miembros, en particular sobre el significado de “criterio objetivo”²⁹⁴. Algunos Miembros han expresado su preocupación en que su alcance implique una restricción en la discrecionalidad de los reguladores ya que la facultad regulatoria necesariamente la usan de manera subjetiva²⁹⁵.

i. El significado de “se basen en”

En relación al significado e implicancia de que las medidas en cuestión se “basen en” ciertos criterios, el sentido ordinario de “basar en” es fundar, apoyar, sustentar algo sobre una base²⁹⁶, lo que significaría que de conformidad con las nuevas disciplinas, las medidas relativas a prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y las normas técnicas se sustentarían en los criterios señalados de transparencia y objetividad.

Adicionalmente, a fin de intentar definir el término “basado en”, se podría considerar la posibilidad de interpretarlo en relación a lo señalado en el asunto *México – Telecomunicaciones*, en este caso, el GE determinó lo que son tarifas “basadas en costos”, señalando que son aquellas que “are brought into a defined relation to known costs or cost principles”²⁹⁷, por lo que podría decirse que “basada en costos” significaría definido en relación a costos o principios de costos conocidos. El GE también señaló que las tarifas que son “cost-oriented” deberían estar fundadas en costos²⁹⁸. Sin embargo, respecto al análisis del GE, se tiene que lo que hizo fue determinar si existía o no una discrepancia entre la expresión española original “basadas en costos” y su traducción al inglés “cost-oriented”, concluyendo que eran intercambiables²⁹⁹. A partir de allí pasó a examinar qué son

²⁹⁴ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, párr. 11.

²⁹⁵ Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 - Annotated Text*, Room Document, Informal Note by the Chairperson, 14 March 2010, párr. 87.

²⁹⁶ Según la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., 2001.

²⁹⁷ Vid. Informe del Grupo Especial, *México — Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*, (*México – Telecomunicaciones*), Doc. WT/DS204/R, 2 de abril de 2004, párr. 7.168. Cabría señalar que la versión castellana del texto induce a confusiones debido a la traducción.

²⁹⁸ Vid. , párr. 7.168: “Rates that are “cost-oriented” would not need to equate exactly to cost, but should be founded on cost”. En la versión en castellano: “Aunque no sería necesario que las tarifas “basadas en costos” se correspondieran exactamente con los costos, deberían estar basadas en ellos.”

²⁹⁹ Vid. Informe del Grupo Especial, *México — Telecomunicaciones*, Doc. WT/DS204/R, *cit.*, párr. 7.167.

tarifas “basadas en costos”, fundándose (discutiblemente de forma errónea), en el significado de la expresión en inglés “*cost-oriented*”. En realidad no se interpretó el término “basada en” sino la expresión técnica “basada en costos”. Bajo esta perspectiva, se considera que no es aplicable una futura interpretación de la expresión “se basen en” del art. VI:4 del AGCS en que se atribuya al término “*based*” o basado el mismo sentido que el término “*oriented*” u orientado³⁰⁰. En cambio, el art. VI:4 “basado en” parece implicar que se establece una relación más estrecha de las medidas en cuestión con los criterios transparentes y objetivos de la medida, a diferencia de si las medidas estuvieran solamente “orientadas” en estos criterios.

El en marco del art. 2.3 del Acuerdo de MSF, el OA en el asunto *CE — Hormonas (Canadá)*, en relación a la adopción de obligaciones de medidas de salud alimentaria, interpretó el término “basado en” considerando su uso corriente, esto es cuando una cosa “se asienta, o se funda”, o está apoyada sobre la otra, está sostenida por ella. Que es un significado distinto y más flexible que el significado de estar “en conformidad con”³⁰¹ algo. También afirmó que “basado en” se refiere a cierta relación objetiva entre dos elementos, una relación que se mantiene y que es observable³⁰² y también rechazó que sea equivalente al término “tener en cuenta” por considerarlo este último demasiado subjetivo.

Esta interpretación parece ajustarse al alcance del art. VI:4, en el sentido de que para que una medida esté “basada en” (criterios objetivos y transparentes) se requeriría una relación observable y persistente entre la medida de regulación nacional y algún criterio objetivo que sea ajeno a la regulación. Según STUMBERG³⁰³, esta formulación es lógica cuando una medida reglamentaria está “basada en” una evaluación científica (por ejemplo en el caso de una evaluación del riesgo) o en normas técnicas establecidas (por ejemplo en relación a las normas de seguridad alimentaria o de energía eléctrica), es decir criterios externos y de carácter técnico. También señala que esta lógica

³⁰⁰ Ya que el primero significa “ajustarse, corregirse, o situarse en relaciones definidas con hechos o principios conocidos”, en tanto que el segundo significa “se asienta, se funda, está apoyada sobre la otra, esta sostenida por ella”. *Vid.* REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española, op. cit.*

³⁰¹ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, (CE — Hormonas (Canadá)), Doc. WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 de enero de 1998, párr. 164, 166.

³⁰² *Ibid.*, párr. 189-190. En relación a la aplicación del art. 5.1. del Acuerdo MSF, en este caso en particular es la relación observable entre una medida sanitaria o fitosanitaria y una evaluación de riesgo. Se señala que el art. 5.1 solo exige que las MSF se basen en una evaluación adecuada a las circunstancias. La evaluación del riesgo de la MSF no tiene por qué ser realizada por el mismo Miembro, podría tener una justificación objetiva en una evaluación del riesgo realizada por una organización internacional u otro Miembro.

³⁰³ *Vid.* STUMBERG, R., “GATS Negotiations on Domestic Regulation”, *Discussion Draft of May 19, 2010*, Harrison Institute for Public Law, Georgetown University Law Center, 2010, p. 10-11. Este documento es del 2010, si bien el argumento fue ya presentado en sus memorándums del 2007 y 2008.

permite un grado de flexibilidad a los reguladores, pero que el problema es cuando los reguladores deben valorar diversos criterios o usar aquellos que son inherentemente subjetivos³⁰⁴.

Sin embargo, se considera que podría ser adecuado interpretar el término “basado en” según el sentido corriente de la palabra, es decir que se fundamenta en ciertos criterios ajenos a la regulación, criterios que pueden ser de diversa índole, incluidos los relacionados con los principios de proporcionalidad y buena gobernanza como los señalados en el art. VI:4. Por otro lado, la subjetividad inherente que tienen los reguladores al momento de ponderar diversos criterios estaría correctamente limitada o ponderada con la aplicación de estándares objetivos, el problema puede estar en la delimitación e idoneidad de los mismos.

ii. El significado de criterio “objetivo y transparente”

El segundo aspecto que se ha planteado aquí es el significado e implicaciones del criterio “objetivo y transparente” en el marco del art. VI:4 del AGCS. La consideración general es que éstos son los criterios en los que se deben fundamentar las medidas de reglamentación nacional a las que hace referencia el art. VI:4, y en base a estos criterios dichas reglamentaciones definen sus objetivos legítimos. Estos criterios están relacionados con el concepto general de buena gobernanza y de calidad regulatoria³⁰⁵.

En este sentido, el contenido del art. VI, al señalar que la objetividad y la transparencia debe ser la base de las regulaciones, parece buscar resolver los problemas de una regulación ineficaz, mediante criterios de gobernanza regulatoria a fin de asegurar una regulación de calidad³⁰⁶. En concreto, estos requisitos tienen su inspiración o derivan del contexto del derecho administrativo y se orientan en los principios de debido proceso y buena administración (inherentes al concepto más amplio del “*rule of law*”³⁰⁷), que desde su perspectiva sustantiva incluye la adopción de medidas para garantizar entre otros la legalidad, no arbitrariedad, transparencia y equidad³⁰⁸. Si bien el

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 10-11.

³⁰⁵ Que como se ha comentado, es un término holístico que busca la implementación sistémica y operacionalización de políticas del gobierno sobre cómo usa los poderes regulatorios para crear regulaciones de calidad, basadas en principios tales como la *Credibilidad*, *Legitimidad* y *Transparencia*. *Vid.* pp. 92/92 del Capítulo Primero.

³⁰⁶ Cabe recordar, tal como se analizó en el Capítulo Primero (último apartado) que son varios los principios relacionados con una regulación de calidad y buena gobernanza, tradicionalmente consideradas dentro de la jurisdicción doméstica; principios que están hoy integrados dentro de los diversos Acuerdos de la OMC. Además en varios casos, estos principios están sujetos a las negociaciones de la Ronda de Doha, *vid.*, en p. 122.

³⁰⁷ *Vid.* en el Capítulo Primero lo explicado sobre el concepto de “*rule of law*”, p. 38-39 de este capítulo. *Vid.* sobre el principio de proporcionalidad en la OMC p. 103; RUBENSTEIN, K. Y SCHULTZ, J., "Bringing Law and Order to International Trade: Administrative Law Principles and the GATT / WTO", *Journal of Civil Rights and Economic Development*, vol. 11, no. 2, 1996, pp. 271-305, en p. 273.

³⁰⁸ *Vid.* ONU, Consejo de Seguridad, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Informe del Secretario General, Doc. S/2004/616, 3 de Agosto de 2004, p. 5.

significado de objetivo y transparente no están definidos expresamente en el art. VI:4, sus implicaciones deben analizarse tomando en cuenta estas orientaciones.

Los efectos de las decisiones de la administración nacional sobre los actores económicos internacionales crean una necesidad importante de su legitimación en el ámbito internacional³⁰⁹. En particular, en el ámbito de la OMC se buscan técnicas para revisar y monitorear esta discrecionalidad de la administración, a fin de que los instrumentos regulatorios no se usen como restricciones ocultas al CI. Las obligaciones relacionadas con la transparencia y buena administración tienen entonces una función más importante en esferas en las que el cometido de las normas de aplicación general de la OMC es limitado³¹⁰. Son áreas en las que la discrecionalidad de la administración nacional es amplia, por ejemplo porque las leyes nacionales de aplicación general otorgan a las autoridades unas facultades discrecionales en el establecimiento de medidas comerciales, como es caso de las licencias de importaciones de carácter discrecional³¹¹. Otro caso es cuando la administración nacional ejerce o podría ejercer un control directo sobre las transacciones económicas que afectan al comercio, como la contratación pública y el comercio de Estado³¹².

Otra área donde es importante aplicar los criterios de buena gobernanza es la relacionada con las reglamentaciones nacionales internas, que tienen como principal finalidad fomentar un objetivo de interés general legítimo (salud pública o la protección del medio ambiente), en los que los reglamentos en cuestión pueden tener una repercusión sobre las condiciones de competencia a nivel internacional y ser utilizados abusivamente con esa finalidad³¹³. Este es el caso también de las

³⁰⁹ Vid. CIMINO, B., "Reasonableness, Impartiality, Objectiveness and Participation: The GATS Standards", en BATTINI, S., VESPERINI, G., et al. (eds.), *Global and European Constraints Upon National Right to Regulate: The Services Sector*, Roma, Università degli Studi della Tuscia - Facoltà di Scienze Politiche, 2008, pp. 10-39, en p. 18-20.

³¹⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE COMERCIO Y POLÍTICA DE COMPETENCIA, *Principios Fundamentales de la OMC de trato nacional, trato de la nación más favorecida y transparencia*, Nota de la Secretaría, Nota de la Secretaría, Doc. WT/WGTCP/W/114, 1 de abril 1999, p. 18-19. En el caso del Acuerdo de OTC y MSF, además de la exigencia de trato nacional, se ha establecido el requisito de que las reglamentaciones no tengan un carácter más restrictivo del comercio de lo necesario para llevar a cabo sus objetivos legítimos y se establecen disciplinas de transparencia (consultas previas, publicaciones y notificaciones previamente a la OMC de las propuestas de reglamentos). Esto es especialmente el caso cuando los Miembros se apartan de las normas internacionales o cuando éstas no existen.

³¹¹ Están reguladas por el Acuerdo de la OMC sobre Procedimientos de Licencias de Importación, cuyo principal objetivo es asegurarse que las licencias de importación, especialmente las licencias de importación no automáticas, sean aplicadas de forma transparente y previsible.

³¹² En el Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública se han desarrollado disciplinas sobre la transparencia *ex ante* con respecto a las posibilidades de compra y transparencia *ex post* en lo que concierne a las decisiones adoptadas sobre la concesión de contratos de compra, así como disposiciones relativas a un posible reexamen posterior a nivel nacional. Ver el art. VI sobre Información sobre el sistema de contratación y art. XVI sobre Transparencia de la información sobre la contratación del Acuerdo revisado de la OMC sobre Contratación Pública, en vigor el 6 de abril del 2014.

³¹³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE COMERCIO Y POLÍTICA DE COMPETENCIA, *Principios Fundamentales de la OMC de trato nacional, trato de la nación más favorecida y transparencia*, Doc. WT/WGTCP/W/114, 1999, *cit.*, p. 18-19. En el caso del Acuerdo de OTC y MSF,

prescripciones y procedimiento de las reglamentaciones del sector servicios cuya finalidad es la garantizar la prestación de los servicios de calidad, o dar la información necesaria al consumidor del servicio y en las cuales la discrecionalidad de reglamentación específica es amplia. Estas técnicas son expresadas en el mandato del art. VI:4 a fin de garantizar que se apliquen criterios objetivos y transparentes en las medidas en cuestión. Estos criterios fueron desarrollados por ejemplo en el documento de referencia en telecomunicaciones, en relación a la asignación y utilización de recursos escasos señalando que esto “se llevará a la práctica de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria”³¹⁴. Asimismo, en las disciplinas del sector de contabilidad se establece que los requisitos y procedimientos de licencia deben ser preestablecidos, de conocimiento público y objetivo³¹⁵. Por otro lado, debe tomarse en cuenta que estos requisitos de objetividad y transparencia en los que deben basarse las reglamentaciones nacionales están ligados a la condición general del art. VI:4 de que las medidas en cuestión no constituyan "obstáculos innecesarios al comercio de servicios". Es decir, que la objetividad y transparencia constituyen elementos de buena gobernanza que deben cumplir o en los que deben sustentar los fundamentos u objetivos legítimos de la medida.

En el análisis de si la medida constituye un obstáculo innecesario al CIS, se debe determinar primero cuáles son los objetivos legítimos de la medida para luego establecer si la medida es adecuada para cumplirlos o si existe otra medida alternativa y, por lo tanto, no es necesaria. En este escenario la objetividad y la transparencia orientan los fundamentos de las medidas regulatorias, que incluyen criterios tales como la competencia y la capacidad de suministrar el servicio, pero que también pueden orientar otros criterios. El mandato del GTRN podría envolver por ende el determinar cuáles son estos o algunos criterios o fundamentos a los que se podrían llamar también “objetivos legítimos” .

iii. Los criterios objetivos en los que se basan las reglamentación nacionales

En general, el cumplir con las reglamentaciones nacionales de servicios se basen en criterios objetivos, está ligado a la capacidad de limitar la discrecionalidad de la administración o predeterminar los criterios considerados por la administración, lo que si bien desde la perspectiva

además de la exigencia de trato nacional, se ha establecido el requisito de que los reglamentos no tengan un carácter más restrictivo del comercio de lo necesario para llevar a cabo sus objetivos legítimos y establecen disciplinas de transparencia (consultas previas, publicaciones y notificaciones previamente a la OMC de las propuestas de reglamentos). Esto es especialmente el caso cuando los Miembros se apartan de las normas internacionales o cuando éstas no existen.

³¹⁴ Documento de referencia de los Servicios de Comunicaciones Básicas, 24 de abril de 1996, art. 6.: “Todo procedimiento para la asignación y utilización de recursos escasos, como las frecuencias, los números y los derechos de paso, se llevará a la práctica de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria. Se pondrá a disposición del público el estado actual de las bandas de frecuencia asignadas, pero no es preciso identificar detalladamente las frecuencias asignadas a usos oficiales específicos.

³¹⁵ Ver art. 8 y 14. En el caso de las prescripciones y procedimientos en materia de licencias señala que serán “preestablecidas, de conocimiento público y objetivas”.

nacional no tiene una importancia central, ya que los poderes discrecionales de la administración están sujetos a la revisión parlamentaria o a otros controles democráticos y judiciales, en el escenario internacional cobra una dimensión central y en cierta medida controversial. El término “criterio objetivo” no tiene un significado único o general en el marco de la OMC ni en particular en contexto del art. VI:4, por lo que este principio parecería estar vinculado esencialmente a los factores de la competencia y la capacidad de suministrar servicios que se ejemplifica en la disposición. Sin embargo, se considera que debe considerarse, para su aplicación en las nuevas disciplinas de reglamentación nacional, cuál es la intención de los Miembros al incluir este criterio, ya que la “objetividad” como criterio de gobernanza regulatoria en los servicios puede ser más amplia.

La objetividad desde un sentido amplio implica el deber de evaluar en base a criterios concretos que son criterios no subjetivos y abiertos a un acuerdo unánime. Según CIMINO³¹⁶, este significado es el que guía en concreto la prueba de proporcionalidad o prueba *rule of reason* del art. VI:4 del AGCS en particular en el apartado que establece que las regulaciones domésticas deben “basarse en criterios objetivos como la competencia y la habilidad para suministrar el servicio”. Este es el mismo criterio que parece desprenderse del Acuerdo OTC, en tanto que en el acuerdo de MSF el principio de objetividad va más allá y requiere que las agencias nacionales deben respetar la evidencia científica³¹⁷.

Desde un sentido más específico, la objetividad es entendida como el requisito de que las decisiones se basen en ciertos criterios predeterminados, lo que conduce a que las actuaciones gubernamentales sean más predecibles. En este sentido la objetividad no es vista como un criterio general de buena gobernanza en el que deben orientarse las regulaciones sino que es más específico, es el fundamento mismo de la regulación, como parece ser en el caso de la formulación desarrollada en las Disciplinas del sector de la contabilidad. En ellas se ha señalado que “los procedimientos en materia de licencias serán preestablecidos, de conocimiento público y objetivos.”³¹⁸. Se establece de esta forma una relación entre objetividad, publicidad o transparencia y predeterminación.

Si bien éste no es el significado que se desprende de contenido del art. VI:4, el cual parece referirse al primer entendimiento más amplio de la objetividad, las disciplinas horizontales podrían desarrollarse en un sentido parecido³¹⁹. Sin embargo, cabe apuntar que, en las negociaciones del GTRN, no parece haberse llegado a un acuerdo respecto de disciplinas que contengan un

³¹⁶ Vid. CIMINO, B., "Reasonableness, Impartiality, Objectiveness and Participation: The GATS Standards", *op. cit.* p. 18-20.

³¹⁷ Vid. art. 2.2 del Acuerdo de OTC y art. 5 del Acuerdo sobre MSF, *sobre Evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección*.

³¹⁸ Vid. SI 64 párr. 14

³¹⁹ Propeutas?

significado más limitado o específico del criterio de objetividad, en tanto que solamente se ha llegado a plasmar el criterio general de objetividad. En este sentido, en relación a las definiciones en el último borrador de las disciplinas se ha mantenido el texto del art. VI:4 y se señala que las medidas se “basaran en criterios objetivos y transparentes”, pero no se ha llegado a un acuerdo respecto cuáles son esos criterios³²⁰. En el texto del presidente del 2009, en el apartado sobre las disciplinas generales sobre procedimiento en materia de licencias y en títulos de aptitud, se ha dejado solamente una referencia general a la buena administración de los procedimientos, señalando que en dichos procedimientos, incluido la solicitud y renovación, los Miembros se aseguraran que “sean de la mayor sencillez posible”³²¹. En las disciplinas relacionadas con los procedimientos en materia de licencias y títulos de aptitud, éstas se han limitado a aspectos de los plazos para las tramitaciones, la imparcialidad en decisiones, criterios para la aceptación y revisión de la documentación, obligaciones de información entre otras³²². El relación a las prescripciones en materia de licencias y en títulos de aptitud el posible resultado de las negociaciones realizadas a partir del 2009 muestra una falta de acuerdo respecto a la incorporación de disciplinas sustantivas, incluido el criterio de objetividad y transparencia, ya que se han eliminado las disciplinas generales referidas a estas prescripciones³²³. En resumen, en el GTRN entonces no se ha alcanzado acuerdo para desarrollar disciplinas más profundas que involucren el criterio sustantivo de objetividad, por lo que el alcance del fundamento de la objetividad se ha expresado únicamente desde un sentido más general y no como un criterio específico. Esto se debe posiblemente a la relación que el criterio de “objetividad” tienen con la potencial delimitación de los “objetivos legítimos” de la medida y por ende con la aplicación de una prueba de necesidad del tipo de reglamentación cubiertas por el art. VI:4.

³²⁰ Como se revisará en el Capítulo Sexto sobre las negociaciones y según el último informe de situación del presidente del 2011, p. 17, y del texto del presidente del 2009, párr. 11. En relación a las definiciones se ha señalado lo siguiente, “prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y las normas técnicas serán preestablecidas, se basarán en criterios objetivos y transparentes y serán pertinentes para el suministro de los servicios a los que se apliquen”.

³²¹ Ver el último borrador del GTRN 2011 W45 y el apartado 17. Si bien como se verá en el Capítulo Sexto de las negociaciones, existen otras propuestas, parece que la intención de la mayoría de los Miembros sería no establecer criterios específicos que pudieran estar relacionados con las pruebas de proporcionalidad. *Vid.* Texto del presidente 2009, part 17 y 31, w 45 pag 25.

³²² *Vid.* Texto 2009, par 18, 20, 21, 23 entre otros

³²³ Los párrafos 16 y 29 del texto del presidente del 2009 se han eliminado ver. Paag 24 del w45 Los textos eliminados son: *Prescripciones en materia de licencias*: Cuando, para obtener las licencias, existan prescripciones en materia de residencia no sujetas a consignación en listas en virtud del artículo XVII del AGCS, cada Miembro estudiará la posibilidad de utilizar medios que restrinjan menos el comercio para alcanzar los objetivos para los que se hayan establecido esas prescripciones. *Prescripciones en materia de títulos de aptitud*: Las prescripciones en materia de residencia, salvo las sujetas a consignación en listas en virtud del artículo XVII del AGCS, no serán una condición previa para evaluar y verificar la competencia de un proveedor de servicios de otro Miembro.

Las preocupaciones del significado y alcance del término “objetivo” del art. VI:4 se han manifestado no solo en marco de las negociaciones del GTRN³²⁴ sino también la doctrina, en particular respecto a la potencial intrusión y limitación de la capacidad reguladora doméstica. En este sentido, STUMBERG considera que son cinco las definiciones que podrían estar comprendidas dentro del término objetivo. Estas son: no arbitrario, no subjetivo, no sesgado, relevante con la capacidad para suministrar el servicio, basado de las normas internacionales³²⁵.

La primera forma de entender el termino objetivo y que es considerada la menos intrusiva es como “no arbitrario”, la medida será considerada objetiva si el Miembro puede justificarla mediante alguna razón³²⁶. En este sentido, en el listado de compromisos de la CE en relación a las redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y sobre la forma como se asegura la interconexión con un proveedor, se estableció que “en la Comunidad podrán establecerse diferentes términos, condiciones y tarifas para los operadores de distintos segmentos del mercado, sobre la base de disposiciones nacionales no discriminatorias y transparentes relativas a la concesión de licencias, en caso de que esas diferencias puedan “justificarse objetivamente” porque esos servicios no se consideran "servicios similares"³²⁷. Este lenguaje es semejante al usado en el art. XIV del AGCS sobre las condiciones de las excepciones generales para una potencial violación de las disposiciones del Acuerdo, “el requerimiento que dichas medidas no se apliquen en una manera

³²⁴ Es un aspecto pendiente de negociaciones el cual se está trabajando actualmente de forma informar y de acceso restringido, a nivel de estudios técnicos y del cual no existen propuestas formales en el GTRN. Ver el documento RD/SERV/68.

Unofficial room document - Disciplines on domestic regulation pursuant to GATS Article VI:4 - List of potential technical Issues for Discussion - Informal note by the Chairman, 26 de octubre 2011. (el debate se celebró de marzo a octubre de 2013. Uno de los temas de discusión fue la posible definición del criterio de “objetivo” en el marco del GTRN. Algunas reflexiones finales de estas discusiones fueron presentadas por varios Miembros en el 2014.

Unofficial room document - Communication from Australia; Chile; Colombia; Hong Kong, China; Korea; Mexico; New Zealand; the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu and Switzerland - Technical issues for discussion under the WPDR GATS article VI:4 , Doc. RD/SERV/96/1, 5 de setiembre de 2014,

³²⁵ *Vid.* STUMBERG, R., "GATS proposal that domestic regulations must be “objective”", Harrison Institute for Public Law, Georgetown University Law Center, Draft “6” for circulation, Memorandum for the Intergovernmental Policy Advisory Committee, 1 March, 2007. El análisis realizado de lo que se puede entender por “objetivo” tuvo como referencia lo que consideraba que era más intrusivo para el marco legal de EEUU y considerando posibles interpretaciones que el OSD podría dar a este término, siguiendo las reglas de interpretación de la CV de Derecho de los Tratados, art. 31.

³²⁶ STUMBERG señala que esta interpretación del criterio de objetividad sería la más consistente con la mayoría de los estándares jurídicos de revisión judicial de las decisiones en EEUU, realizadas en relación a las actuaciones de las agencias administrativas, las cuales se limitan normalmente a determinar si la decisión de la agencia era “arbitrary capricious or not otherwise in accordance with the law”.

³²⁷ *Vid.* Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, Lista de compromisos específicos, Suplemento 3 GATS/SC/31/Suppl.3, 11 de abril de 1997, p .8, nota 7 Ver tambien los istados de comprmisos (Iceland, Schedule of Specific Commitments, Supplement 1, GATS/SC/41/Suppl.1, at 4 n.2 (Apr. 11, 1997); Norway, Schedule of Specific Commitments, Supplement 3, GATS/SC/66/Suppl.3, at 4 n.2 (Apr. 11, 1997); Liechtenstein, Revised Offer, TN/S/O/LIE/Rev.1, at 35 n.7 (Jul.20, 2005);

Uganda, Schedule of Specific Commitments, Supplement 1, GATS/SC/89/Suppl.1, at 8 (Jan. 29, 1999);Colombia, Schedule of Specific Commitments, Supplement 2, GATS/SC/20/Suppl.2, at 9 n.4 (Apr. 11, 1997).

que puedan constituir una forma de discriminación arbitraria o injustificable”. Este criterio podría ser usado en una interpretación contextual del término “objetivo” para sustentar que es entendido en el sentido de “no arbitrario”. En este enfoque el elemento limitante entre la decisión y el criterio sobre el que está basado el regulador es mínimo, el fundamento de medida debe de existir pero no hay ninguna prohibición en el regulador de realizar el equilibrio subjetivo entre múltiples criterios³²⁸.

El segundo significado atribuible a “objetivo”, es el de “no subjetivo”, es decir basado en un criterio externo verificable, opuesto a percepciones individuales, sentimientos o intenciones³²⁹. La posibilidad de aplicar este sentido ha sido debatida en el marco de las negociaciones del GTRN. Algunos Miembros manifestaron sus preocupaciones en la aplicación de esta noción, en tanto que los reguladores nacionales usan la discrecionalidad, que generalmente se les otorga, necesariamente de una manera subjetiva³³⁰. En tanto que otros Miembros, en relación a este debate, consideraron que el concepto de objetividad era un elemento necesario en las disciplinas, y que si bien la evaluación de los reguladores puede ser subjetiva, era necesario que dicha evaluación estuviera basada en criterios objetivos³³¹.

La subjetividad de los reguladores es usada en particular en sectores servicios de infraestructura por ejemplo para establecer tarifas u otorgar licencias o autorizaciones para el suministro de los servicios de energía o los servicios de transporte. Si bien el sector está ampliamente liberalizado, se siguen requiriendo licencias/autorizaciones en muchos países. En algunos casos la autorización debe otorgarse una vez cumplidas ciertas condiciones adicionales a las relacionadas con la capacidad financiera y seguridad vial (por ejemplo países Noruega, República Eslovaca, Turquía y China)³³². Si bien no se tiene información sobre la restrictividad de los otros criterios requeridos, se evidencia la discrecionalidad del regulador, en estos casos el criterio de objetividad entendido como un criterio no subjetivo puede entrar en conflicto con estas políticas.

En relación a las tarifaciones en el sector transporte por carretera aún algunos países reglamentan en relación a los precios al por menor de dichos servicios (por ejemplo en Turquía y

³²⁸ Vid. OMC, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4, Annotated Text*, 2010, cit., p. 91.

³²⁹ Según la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española, op. cit.*, ‘objetivo’ es “1. adj. Perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir”.

³³⁰ Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 - Annotated Text*, 2010, cit., párr. 87.

³³¹ *Ibid.*, párr. 838.

³³² Vid. Consejo del Comercio de Servicios, SERVICIOS DE TRANSPORTE DE CARGA POR CARRETERA, Nota de antecedentes de la Secretaría, 29 de octubre de 2010, S/C/W/324, párr. 46. Vid. también OCDE, Survey of indicators of regulation in energy, transport and communications, disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/47/29/42480612.xls>.

China) y también algunos dictan directrices en materia de tarificación en algunos países (Corea, Grecia, Chile, China) y en dichas tarificaciones se aplican también criterios subjetivos³³³. Según los datos del Banco Mundial sobre restricciones en materia de política de servicios en el sector de transporte, en relación a los procedimientos de concesión de licencias³³⁴, se ha observado en relación a las políticas regulatorias sobre otorgamiento de licencias, que en algunos casos se siguen otorgando licencias basadas en la discrecionalidad del regulador. En concreto en relación al sector del transporte de carga doméstica por carretera 19 países contestaron que las licencias son concedidas a discrecionalidad del órgano regulador (“*License allocation—at discretion of regulatory body*”)³³⁵.

Cabe señalar nuevamente que las políticas públicas se realizan en todo caso en base a la discrecionalidad de los reguladores a fin de equilibrar diversos criterios e intereses como el interés de los consumidores, o el impacto en el medio ambiente, lo que no impide a nuestro entender que puedan aplicar criterios objetivos o neutros. Como en el caso del sector de las telecomunicaciones, cuando el gobierno considere necesario imponer a las empresas de explotación obligaciones concretas u obligaciones de financiación, a fin de que los gobiernos cumplan con el llamado “servicio universal”. En este caso los gobiernos tendrán que tener presentes los principios recogidos en el Documento de Referencia, según los cuales las obligaciones deben administrarse “de manera transparente y no discriminatoria y con neutralidad”³³⁶. El reconocimiento a la discrecionalidad otorgada a los reguladores para tomar “decisiones subjetivas” ha sido nuevamente expresado en el marco de las negociaciones del GTRN. A su vez, el Presidente del Grupo de

³³³ Vid. Consejo del Comercio de Servicios, SERVICIOS DE TRANSPORTE DE CARGA POR CARRETERA, Nota de antecedentes de la Secretaría, 29 de octubre de 2010, S/C/W/324, párr. 468

³³⁴ Esos datos se recogieron en el contexto de un estudio en curso, que va más allá del sector del transporte por carretera, de MATTOO, BORCHERT Y GOOTIIZ (2010). Los datos, que son preliminares y pueden ser objeto de rectificación, forman parte de la base de datos del Banco Mundial sobre las restricciones en materia de política de servicios. Esta base de datos se presentó en línea en el otoño de 2010. Pueden consultarse más detalles en: <http://econ.worldbank.org/programs/trade/services>, <http://iresearch.worldbank.org/servicetrade/> y en BORCHERT, I., GOOTIIZ, B. Y MATTOO, A., "Guide to the Services Trade Restrictions Database", World Bank, Policy Research Working Paper 6108, 2012.

³³⁵ De los 64 países que contestaron la encuesta en relación a la concesión de licencias en el sector de transporte de carga doméstica por carretera, en particular sobre la discrecionalidad del regulador. Fueron 19 los que señalaron que aplican esta política (Armenia, Australia, Canada, Costa Rica, Republica Dominicana, Finlandia, Honduras, Iran, Japón, Korea, Republic of Lithuania, New Zealand, Paraguay, Poland, Rwanda, Sweden, Uruguay y Yemen). Datos extraídos de la base de datos del Banco Mundial, “Services Trade Restrictions Database”, disponible en <http://iresearch.worldbank.org/servicetrade/>.

³³⁶ El Presidente del GTRN señaló en un momento álgido de las negociaciones “*It would appear that in such a case, a constraining element that such decisions are at least based on underlying objective criteria would be all the more valuable. As currently drafted, the "objectivity" obligation in draft paragraph 11 is broader than in the mandate in Article VI:4 (a), where "competence and the ability to supply the service" are identified as illustrative examples*”. Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Nota de antecedentes sobre Servicios de Telecomunicaciones, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/299, 10 de junio 2009, p. 564, párr. 37.

Trabajo reconoce la importancia de que existan elementos que limiten la discrecionalidad, elementos que deben estar basados en criterios objetivos³³⁷.

El tercer posible significado atribuible a criterio objetivos es el de exclusivamente “pertinente o relevante con la capacidad de suministrar el servicio”. El art. VI:4 dispone que las disciplinas tendrán la finalidad de garantizar que la reglamentaciones en cuestión se base en criterios objetivos y transparentes, *como la competencia y la capacidad de suministrar el servicio*. La definición de criterio objetivo se podría desprender del art. VI:4, en el sentido que en la última frase los criterios de la “competencia y la capacidad de suministrar el servicio” parecen hacer referencia solamente a la objetividad, en tanto que el criterio de transparencia es considerado generalmente en relación a estándares tales como la accesibilidad, disponibilidad y publicidad de las leyes y reglamentaciones nacionales³³⁸. Según análisis de inferencia³³⁹, la definición “objetivo” estaría limitada a medidas “de la misma clase”, esto es la competencia y la capacidad³⁴⁰.

Esta definición limitaría las opciones de política regulatoria, las cuales estarían ligadas únicamente a la capacidad de suministrar el servicio, por lo que cualquier política orientada a remediar los impactos indirectos o externos del suministro de un servicio podría estar en conflicto. Esto podría incluir la exclusión de criterios reglamentarios basados en el impacto externo que el CIS tiene en la sociedad en general, tales como la protección del medio ambiente o uso comunitario de la tierra, o valores culturales o históricos, como por ejemplo en la regulación de zonas costeras o autorizaciones de zonas económica así como criterios licencias en servicios de infraestructura tales como gas agua o electricidad³⁴¹.

En relación a este criterio, el más reciente proyecto de las disciplinas del 2009 ha considerado que las reglamentaciones en cuestión, además de basarse en criterios objetivos and

³³⁷ Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 - Annotated Text*, 2010, *cit.*, p. 91.

³³⁸ Vid. STUMBERG, R., "GATS proposal that domestic regulations must be “objective”", *op. cit.*, p. 7. En la nota al pie 27 hace referencia al borrador del Acuerdo del AGCS en el cual se omitía la palabra ‘transparente’, señalando que “*requirements shall be based upon objective criteria, such as competence and the ability to provide such services.*” Citado en , p. 2.

³³⁹ Vid. LLEWELLYN, K. N., "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about how Statutes are to be Construed", vol. 3, 1950, pp. 395-405: “*It is a general rule of construction that where general words follow an enumeration they are to be held as applying only to persons and things of the same general kind or class specifically mentioned.*”

³⁴⁰ Vid. , p. 12; STUMBERG, R., "GATS proposal that domestic regulations must be “objective”", *op. cit.*, p. 7. También Delimatsis hizo referencia a que el criterio de la competencia y la capacidad de suministrar el servicio se relacionaba más con el elemento de objetividad que con el de transparencia. Vid. DELIMATISIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 270.

³⁴¹ See Letter from George Eskridge, Idaho State Representative and Chair of the State and Local Working Group on Energy & Trade Policy, to Carol Balassa, Director of Service Trade Negotiations for USTR (Jun. 16, 2006) [hereinafter EskridgeLetter] (citing CAL. PUB. UTIL. CODE § 854), available at http://www.forumdemocracy.net/public_leadership/documents/Eskridge_letter_2006-06-16.pdf.

transparentes, deberán ser “pertinentes para el suministro de servicios a los que se apliquen”³⁴². En este caso, el uso del concepto de “pertinente para el suministro de servicios” no se entiende que signifique lo mismo que “basarse en criterios objetivos”. Se ha señalado en el contexto de las negociaciones que es una forma de disciplinar en particular las prescripciones en materia de titulación en línea con la obligación contenida en el art. 20 de las disciplinas de contabilidad³⁴³ a fin de evitar que los requerimientos de autorización sean excesivos o no relacionados con las actividades de servicios³⁴⁴. En este sentido, para que exista la “pertinencia” podría ser suficiente que se establezca un vínculo suficiente entre la medida y el suministro del servicios, en este caso los Miembros parecen alejarse de la posibilidad de que este estándar implique que la medida sea la alternativa menos restrictiva disponible para ser considerada relevante³⁴⁵.

El significado objetivo también puede relacionarse con el criterio de imparcialidad (*biases*), en otras palabras “*without bias or prejudice*”, “desinteresado”, es decir que el criterio no sea uno que tienda a favorecer a una de las partes. También se ha criticado esta opción en tanto que, estaría en conflicto con medidas que son diseñadas para expresar una preferencia a determinados grupos o sectores de la sociedad con requerimientos especiales y prioritarios para determinados intereses públicos. Por ejemplo, a medianas o pequeñas empresas, o poblaciones indígenas, empresarias mujeres, es decir las reglamentaciones que establezcan requerimientos especiales en relación a sus cualificaciones

Adicionalmente, también se ha discutido la definición de “objetivo” basada en su relación con las norma internacionales, en tanto que las reglamentaciones tendrían que estar basadas en ellas. En el GTRN se ha discutido que las normas técnicas internacionales requerirían que una medida sea la alternativa menos restrictiva al comercio y que dicha interpretación tendría que estar en línea con propósito del AGCS. Esta discusión se planteó en el contexto que el art. VI. 5 señala que cuando un Miembro aplica una norma técnica internacionalmente reconocido se presumirá que está aplicando la medida menos restrictiva al comercio³⁴⁶. Sin embargo, la Secretaría señaló en el marco del GTRN: “*There was no mandatory requirement to use international standards, but*

³⁴² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente, 2009, cit.*, párr. 11 el proyecto del art. 11.

³⁴³ El art. 20 de las disciplinas señala: “El ámbito de los exámenes y de cualquier otra prescripción en materia de títulos de aptitud se limitará a las cuestiones *pertinentes* a las actividades para las que se pide autorización. Las prescripciones en materia de títulos de aptitud podrán abarcar los estudios, los exámenes, la formación práctica, la experiencia y la competencia en idiomas.

³⁴⁴ Vid., párr. 96. En este sentido ver las propuestas de Japo Job (03)/45 2 mayo 2003, párr. 23, Propuesta de China Paquistn, Job 06/158 29 de mayo 2006 párr. 27 Propuesta de China India, Mexico, Paqietan peru y taulanda Job 06/160 , 29 de mayo 2006 párr. 15

³⁴⁵ Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 - Annotated Text, 2010, cit.*, párr. 97

³⁴⁶ Vid. ” WPDR Secretariat, *Report on the Meeting Held on 22 November 2004*, S/WPDR/M/28, at ¶ 25 (Jan. 25, 2005).

*Article VI:5(b) did provide a benchmark for determining the objectivity of regulatory requirements*³⁴⁷.

Para finalizar con el alcance del “criterio objetivo” en el que tendrían que basarse los tipos de reglamentaciones nacionales del art. VI:4, parece importante señalar que la intención de los redactores del AGCS parece haber sido el de crear una disciplina sobre el contenido de las reglamentaciones nacionales a fin de limitar un exceso de discrecionalidad de los reguladores, si bien este fin del art. VI:4 a) en relación a crear disciplinas relacionados a los elementos sustantivos de las disciplinas parece en cierta medida difuminarse con la introducción del criterio de transparencia, normalmente relacionada con aspectos procedimentales o formales de las reglamentaciones nacionales.

El fundamento de esta apreciación está en la revisión del borrador del art. VI:4, el cual señalaba que las regulaciones nacionales deberían estar basadas en criterios objetivos como la competencia y la capacidad para suministrar dichos servicios y no sean más restrictivos de lo necesario para alcanzar los objetivos nacionales³⁴⁸. Resalta que en el borrador del art. VI no se hace mención al criterio de transparencia y los criterios objetivos en los que debe basarse la medida van de la mano con el criterio de la necesidad de la medida. Esta disposición, como se ha comentado, tenía el fin de ser similar a requerimiento de acuerdo de OTC y de MSF de que contienen disciplinas para las regulaciones no discriminatorias como el requerimiento de sólo aplicar regulaciones que no creen barreras innecesarias al comercio³⁴⁹.

Por lo que la referencia a “criterios objetivos” debe ser entendido como la obligación de revisar la medida en consideración a ciertos criterios concretos, no subjetivos, si bien estos criterios no son predeterminados exclusivamente por el art. VI:4. Es un criterio general de buena gobernanza desde su perspectiva sustantiva, el cual podría delimitar en el marco de las negociaciones del GTRN, lo que en la práctica parece improbable dado que los negociadores han preferido darles un entendimiento amplio a estos criterios, y más aún parece que el criterio de

³⁴⁷ Señala STUMBERG *“It is unclear from this statement whether the Secretariat is using “objective” to mean “least trade-restrictive” or to mean “consistent with internally recognized standards.” It seems that the rationale is that international standards are “objective” because they are the least trade-restrictive; thus, “objectivity” requires the least-trade-restrictive alternative. Nonetheless, this statement could be interpreted to require consistency with international standards, which is a nuanced difference in the definition”*. Stumberg Marzo 1 2007 GATS proposal that domestic regulation must be objective, p 10, nota al pie 39

³⁴⁸ *Vid.* GATT, Draft Multilateral Framework for Trade in Services, MTN.GNS/35, 23 July 1990. In its Art. VII, the draft text of the GATS reads: “Parties may require that services or suppliers of services of other parties meet certain regulations, standards or qualifications. Such requirements shall be based upon objective criteria, such as competence and the ability to provide such services, and not be more burdensome than necessary to achieve the national policy objectives”.

³⁴⁹ *Vid.* art. 2.2. 2.3 del OTC y 2.2. y 2.5 del SPS. *Vid.* también Markus 2003, p 131

objetividad se ha entendido como una referencia a una buena administración o requisitos de procedimiento³⁵⁰.

Si bien la delimitación del “criterio objetivo” en las negociaciones se ha basado en este entendimiento amplio de la objetividad y el sentido de que imperen criterios no subjetivos en el entorno regulatorio, se han presentado dudas en relación a su alcance y posible limitación en la discrecionalidad regulatoria y como se ha revisado antes existen otras opciones de entender la objetividad de las reglamentaciones nacionales. Por ejemplo, una propuesta reciente ha sido la posibilidad de definir en las disciplinas el término “criterios objetivos”. Así se podría entender que incluye criterios que pueden no ser cuantificables, como la competencia, la capacidad de suministrar el servicio y los efectos ambientales, sociales y sanitarios³⁵¹. También se ha sugerido recientemente que se analice el significado del criterio objetivo tomando como guía el marco jurídico del comercio de bienes³⁵², en particular se ha señalado en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias³⁵³. Estas diferentes opciones han de considerarse con detenimiento y teniendo en cuenta la práctica regulatoria nacional de los diferentes Miembros antes de que se llegue a un acuerdo en el GTRN.

iv. Criterios transparentes en los que se basan las regulaciones nacionales

Otro requerimiento del art. VI:4 es que las disciplinas tendrán la finalidad de garantizar que las regulaciones de servicios se basen en “criterios transparentes”. Se debe entender el alcance de la transparencia en las medidas de reglamentación nacional considerando el objetivo general del art. VI³⁵⁴ y su contexto, en relación con el art. III. En este sentido, se entiende que la referencia a “criterios transparentes” del art. VI:4 está relacionada también, de forma más amplia, con las

³⁵⁰ Vid. Texto 2009, par 18, 20, 21, 23 entre otros. Los párrafos 16 y 29 del texto del presidente del 2009 se han eliminado ver. Paag 24 del w45 Los texto eliminados son: *Prescripciones en materia de licencias*: Cuando, para obtener las licencias, existan prescripciones en materia de residencia no sujetas a consignación en listas en virtud del artículo XVII del AGCS, cada Miembro estudiará la posibilidad de utilizar medios que restrinjan menos el comercio para alcanzar los objetivos para los que se hayan establecido esas prescripciones. *Prescripciones en materia de títulos de aptitud*: Las prescripciones en materia de residencia, salvo las sujetas a consignación en listas en virtud del artículo XVII del AGCS, no serán una condición previa para evaluar y verificar la competencia de un proveedor de servicios de otro Miembro.

³⁵¹ Vid. Do w/45, La alterntiva única prpuestas al partrtao 11 del borrador de presidne de 2009,

³⁵² Vid. WPDR , Unofficial room document - Disciplines on domestic regulation pursuant to GATS Article VI:4 - List of potential Technical Issues Submitted for Discussion, Doc. RD/SERV/68, 26 October 2011.

³⁵³ Ver nota 2 del art. 2.1 b) nota 32 del art. 8.2 b. ii) del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas..

³⁵⁴ El propósito del art. VI es asegurar un ambiente regulatorio justo y objetivo, completando las otras obligación del AGCS sobre acceso al mercado y trato nacional asumido por las partes. Las regulación nacionales que afecten al CIS deben ser transparentes, administradas con debido proceso e impedir el comercio de servicios lo menos posible, respetando a su vez el derecho a regular de los Miembros. Cabe recordar que esta disposición entiende el término “regulación o reglamentación” en sentido amplio, ya que se refiere a las medias nacionales en la forma de leyes, reclamación reglas procedimientos decisiones acciones administrativas o cualquier otra forma. Vid. el apartado I C C. del Capítulo Cuarto: Las Disciplinas sobre “reglamentación nacional”: relevancia del art. VI del AGCS, Delimatsis , Necessity Transparency and regulatory Diversity , p. 95

llamadas buenas prácticas regulatorias³⁵⁵ o, como se ha definido en esta investigación, la buena “gobernanza regulatoria”, ya que las llamadas prácticas de buena regulación también incluyen elementos del principio de transparencia³⁵⁶.

Como se ha comentado anteriormente³⁵⁷, se considera a la transparencia como uno de los principios básicos que deben aplicarse en un sistema regulatorio para que éste sea efectivo y consistente con un modelo de buena gobernanza regulatoria. Es también uno de los principios básicos que guían la regulación nacional de la calidad desde la perspectiva del libre mercado³⁵⁸. Es esencial en la creación de un entorno comercial previsible y claro, lo que es favorable para los proveedores de servicios nacionales y extranjeros.

Es conocida la existencia de complicaciones técnicas y de capacidad, así como las limitaciones económicas e institucionales, relacionadas con la implementación de este tipo de disciplinas que se presentan en muchos PED. Sin embargo debe reconocerse también la importancia que tiene para los potenciales exportadores de servicios de PED tener la información sobre el contenido de las reglamentaciones relacionadas con los servicios, así como su implementación y supervisión³⁵⁹. Las regulaciones transparentes son beneficiosas para fomentar la competencia justa en el CIS, en tanto que hace posible que la información importante esté disponible. Asimismo da la posibilidad de participar en el proceso de creación de las reglamentaciones y abre nuevas oportunidades a las distintas partes interesadas, incluidos los consumidores, de anticipar sus requerimientos y necesidades en el sector de los servicios.

³⁵⁵ Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Services-Related Regulatory Challenges Faced by Developing Countries*, Doc. S/WPDR/W/51, 2013, *cit.*, párr. 2.11. Se señala que los principios que se desprenden del art. VI y III del AGCS comparten aspectos en común con los elementos citados como “buenas prácticas” regulatorias. Estas buenas prácticas regulatorias recomiendan el diseño de regulaciones objetivas, basadas en criterios (“*criteria-based*”) y transparentes para promover eficiencia y reducir el alcance de la toma de decisiones discrecional.

Mamdouh, H. (2010), ‘Services Liberalization, Negotiations and Regulations’, paper presented at the Liberalisation of Trade in Services Conference convened by the Cordell-Hull Institute and hosted by the Australian Department of Foreign Affairs and Trade, in Sydney, Australia, 10-12 December

³⁵⁶ Vid. LIM, A. H. Y DE MEESTER, B., (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, *op. cit.*, p. 10.

³⁵⁷ La incidencia de la regulación en la liberalización del comercio Cap 1

³⁵⁸ Vid. OECD, “The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis”, OECD, Paris, 1997, p. 35-36; OECD, “Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance”, París, 2005; OECD Global Forum Governance regulatory Issues, p. 4.

³⁵⁹ Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Services-Related Regulatory Challenges Faced by Developing Countries*, Doc. S/WPDR/W/51, 2013, *cit.*, párr. 2.16. EL GTRN refiere el trabajo del Banco Mundial que ha hecho un seguimiento de las reformas y prácticas en materia de reglamentación, en las que la transparencia es un factor esencial (informes “Doing Business”). Comprueban dichos informes que un entorno normativo eficaz impulsa los resultados comerciales. Cabe resaltar que las economías que ocupan los primeros puestos en la facilidad para hacer negocios son aquellas cuyos gobiernos han elaborado normas que facilitan la interacción en el mercado sin entorpecer innecesariamente el desarrollo del sector privado. Por lo que una adecuada regulación, en particular la transparencia, es esencial.

La transparencia en la regulación se manifiesta mediante tres elementos³⁶⁰, en su forma más simple implica la publicación de la norma en vigor, esta publicación solamente es eficiente si alcanza al titular de las obligaciones y al de los derechos, por lo que otro elemento esencial de la transparencia es la información; finalmente se ha incluido en la literatura reciente un tercer elemento de la transparencia regulatoria que es la “accountability” o mecanismo de rendición de cuentas³⁶¹. Además el principio de transparencia está ligado a la seguridad jurídica que debe tener el entorno regulatorio³⁶², en el sentido que la seguridad jurídica requiere que las regulaciones sean transparentes, objetivas e imparciales³⁶³.

Para entender el alcance de los “criterios transparentes” en los que deben estar basadas las reglamentaciones nacionales de conformidad con las nuevas disciplinas del art. VI:4 se deben considerar dos aspectos. El primero es el concepto general de transparencia que se ha revisado arriba y el segundo la implementación de los principios de la transparencia regulatoria desarrollados en el marco de la OMC. El significado de transparencia en los Acuerdos de la OMC como un mecanismo *bottom up*, tiene un significado preciso, que incluye como obligaciones fundamentales: 1) hacer accesible al público la información sobre leyes, reglamentos y otras medidas relativas al comercio, normalmente mediante la publicación de las mismas; 2) notificar las leyes y reglamentos y sus modificaciones, tanto a los Miembros como a la OMC; y 3) garantizar que las leyes y reglamentos y otras medidas de aplicación general se apliquen de manera uniforme, imparcial y razonable. Es además un principio bastante conocido y aplicado en el contexto de la OMC y se puede decir que la necesidad e importancia de la transparencia³⁶⁴ (cuando menos de los

³⁶⁰ Vid. KAUFMANN, C. Y WEBER, R. H., "The role of transparency in financial regulation", *Journal of International Economic Law*, vol. 13, no. 3, 2010, pp. 779-797, p. 782.

³⁶¹ Una vez que las reglas han sido publicadas y transparentes, responsabilizar a quienes están obligados por las violaciones de estas reglas es una consecuencia lógica. Rendición de cuentas se convierte en parte del concepto de transparencia.

Vid. LASTRA, R. y SHAMS, H., 'Public Accountability in the Financial Sector', en ElisFerran and Charles A.E. Goodhart (eds), *Regulating Financial Services and Markets in the 21st Century*, Oxford: Hart Publishing, 2001, pp. 165-188, en p. 170-71. For a comprehensive analysis see Lastra and Shams, above n 4, at 166-69; see also Weber, above n 10, at 133.

³⁶² Vid. LIM, A. H. Y DE MEESTER, B., (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, *op. cit.*, p. 122, p en p 13

³⁶³ Vid. KRAJEWSKI, M., "Balancing legal certainty with regulatory flexibility", en AIK HOE LIM Y BART DE MEESTER (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014, pp. 79-94, p. 92.

³⁶⁴ Los autores se han enfocado en dos propósitos principales de la transparencia en el contexto del AGCS. Como herramienta para prevenir barreras al comercio permitiendo que se conozcan los requisitos aplicables y creando predictibilidad y de forma más general como un principio jurídico de las sociedades democráticas que permite un proceso decisorio transparente contribuyendo a la legitimidad

En relación a la importancia y propósitos del principio de transparencia en el AGCS Vid. KAUFMANN, C. Y WEBER, R. H., "The role of transparency in financial regulation", *Journal of International Economic Law*, vol. 13, no. 3, 2010, pp. 779-797., p 795 Vid también KRAJEWSKI, M., "Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law", *Journal of World Trade*, vol. 35 no. 1, 2001, pp. 167-186, en p. 169-70; WOLFE, R. Y COLLINS-WILLIAMS, T., "Transparency as a trade policy tool: The WTO's cloudy windows", 2009

requerimientos mínimos) de las regulaciones o reglamentaciones relacionadas con el CI es generalmente aceptada por los Miembros³⁶⁵.

Por ende las discusiones surgidas en el marco de las negociaciones del GRNT para la implementación de disciplinas relacionadas con la transparencia han girado especialmente en relación a la profundidad y especificidad de las disciplinas y no en relación al sentido y alcance del concepto. Es especialmente relevante para los PED la posible inclusión de disciplinas con criterios más intrusivos de transparencia, mediante disciplinas que busquen la creación de un marco regulatorio transparente avanzado y la incorporación de importantes elementos de buena gobernanza³⁶⁶. Son por ejemplo requerimientos de publicación de las reglamentaciones de servicios previa a la entrada en vigor, o los llamados comentarios previos a las reglamentaciones o mecanismos de consulta, cuya implementación suele requerir de capacidades técnicas y administrativas normalmente poco desarrolladas en los PED.

Según el art. VI:4, las futuras disciplinas deben asegurar que la reglamentación nacional esté “basada” en criterios transparentes. Tomando en cuenta los elementos generales de transparencia en los Acuerdos de la OMC, se puede señalar que el alcance del término transparencia en el art. VI:4 tiene un significado que está relacionado con las otras disposiciones del art. VI sobre buena gobernanza y transparencia (VI:1 VI:2 y VI:3)³⁶⁷ y el art. III del AGCS. La diferencia principal radica en que el mandato del art. VI:4 llama esencialmente a crear disciplinas relacionadas con las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, las normas técnicas y las prescripciones en materia de licencias, a fin de que estén orientadas en el principio de la transparencia.

El mandato constituye también una posibilidad de crear requisitos de transparencia más detalladas y/o más profundas, tomando como punto de partida los distintos elementos del art. III y del art. VI:1, VI:2 y VI:3 del AGCS. En este sentido, estándares mejorados sobre publicación y adecuada información y los relacionados con la buena administración³⁶⁸ de las medidas vinculadas

³⁶⁵ *Vid.*

³⁶⁶ *Vid.* ESTY, D. C., "Good governance at the supranational scale: Globalizing administrative law", Yale Law Journal, vol. 115, no. 7, 2006, pp. 1490-1562, p. 1528,

³⁶⁷ Cabe recordar que las disposiciones de los arts. VI:1, VI:2 y VI:3 señalan que las medidas nacionales deben ser publicadas con prontitud, y ser administradas de una manera consistente, uniforme e imparcial y razonable. Se reconocen asimismo los derechos generales de una administración judicial independiente y la revisión y apelación de los procesos administrativos, así como el derecho a ser informados de las decisiones de los procedimientos. Busca de esta forma que el proceso regulatorio nacional (que incluye el proceso legislativo, adopción, administración y de observancia de las regulaciones) sea más transparente. Mediante una administración de las medidas que afecten al comercio de servicios, éste vaya más acorde con los principios de debido proceso y buena gobernanza

³⁶⁸ El art. X del GATT contiene también disposiciones sobre la administración uniforme, imparcial y razonable de medidas comerciales y el derecho de reexaminar las medidas adoptadas de conformidad a éstas³⁶⁸. Estas disposiciones cubren todas las medidas especificadas en el art. X:1 a diferencia del art. VI, en el cual las disciplinas sobre la administración objetiva imparcial razonable cubren sólo los sectores en los que se han realizado compromiso específicos.

con el CIS deben impregnar los requisitos y procedimientos sobre licencias, los títulos de aptitud y las normas técnicas.

Al tomar como referencia las negociaciones del GTRN sobre transparencia, se tiene que los criterios de transparencia en los que deben estar basadas las reglamentaciones nacionales son entendidas también en un sentido amplio, ya que las discusiones del GTRN han abarcado los elementos de la llamada buena gobernanza regulatoria vertical, lo que incluye la transparencia en sentido estricto (publicidad y participación), la decisión razonada, la disponibilidad de procedimientos de revisión y apelación³⁶⁹. En concreto, las negociaciones del GTRN en relación a la transparencia vienen abarcado aspectos relacionados con la pronta revisión de las resoluciones de los procedimientos administrativos (vinculado con el art.VI 2), la información necesaria que deben dar las autoridades competentes a las solicitudes de autorización para la prestación de servicios, la consideración de fijar un tiempo prudencial para la toma de las decisiones (vinculado con el VI:3)³⁷⁰. Se ha planteado también desde el inicio de las negociaciones que las disciplinas sobre transparencia deben tener en cuenta y se deben desarrollar sobre la base del art. III del AGCS³⁷¹, es decir contener obligaciones de publicación y de información³⁷², y presumiblemente con miras a que las nuevas disciplinas del art. VI:4 vayan más allá. El fundamento de considerar el art. III dentro del criterio de transparencia es que esta disposición al cubrir todas las medidas de aplicación general, abarca también las medidas cubiertas por el art. VI:4. Por ejemplo, en relación a las prescripciones y procedimientos en licencias y títulos de aptitud, se pueden poner a disposición del público todas las medidas de aplicación general pertinentes, informar al CS de la introducción de nuevas leyes, reglamentaciones u orientaciones administrativas, y/o sus modificaciones, que afecten significativamente al y responder con prontitud a las peticiones de información específica formuladas por los demás Miembros y establecer servicios de información.

³⁶⁹ Vid. STEWART, R. B. Y SANCHEZ BADIN, M. R., "The World Trade Organization and Global Administrative Law", *Global Administrative Law Series*, 2009/7, I. W. P. (ed.), Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, October 14, 2009, p. 12; CASSESE, S., "Global Standards for National Administrative Procedure", *Law & Contemporary Problems* vol. 68, no. 111, 2005; KINGSBURY, B., KRISCH, N. Y STEWART, R. B., "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, no. 3 & 4, 2005, pp. 15-61; PONCE SOLÉ, J., CHITI, E., GONZALES, A. et al., *Derecho administrativo global: organización, procedimiento, control judicial*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2010.

³⁷⁰ Vid. DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, pp. 270- 271.

³⁷¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Párrafo 4 del artículo VI del AGCS: Disciplinas en materia de reglamentación nacional para todos los servicios*, Doc. S/C/W/96, 1999, *cit.* párr. 29.

³⁷² El art. III del AGCS contiene esencialmente provisiones referidas a la obligación de los Miembros de publicación, o puesta a disposición del público de otra manera, de las medidas pertinentes de aplicación general y de acuerdos comerciales internacionales, y la obligación de informar al CCS sobre el establecimiento de normativas que afecten al CIS abarcado por los compromisos específicos. La obligación de responder a las peticiones de información formuladas por los demás Miembros acerca de cuáles quiera de sus medidas de aplicación general o acuerdos internacionales. Establecimiento de servicios de facilitación de información específica a los otros Miembros que lo soliciten sobre todas esas cuestiones (con flexibilidad en el plazo de implementación para los Miembros de PED).

Esta interpretación amplia del criterio de transparencia también fue expresada con claridad por el GTRN cuando llegaron a un acuerdo sobre las cuestiones pertinentes a desarrollar en relación a las disciplinas sobre transparencia³⁷³, a decir: objetivos de transparencia (objetivos de disposiciones adicionales sobre transparencia; destinatarios de las disposiciones de transparencia, potencial aplicabilidad de las disposiciones de transparencia de los Acuerdos OTC y MSF); disposiciones sobre “comentarios previos” (impedimentos constitucionales que prohíben tales disposiciones; normas, si las hubiere, señalando que no se deben aplicar dichas disposiciones, aplicabilidad de estas disposiciones a un nivel supranacional); notificaciones relacionadas con disposiciones sobre comentarios previos (necesidad de notificaciones hechas a la OMC); cumplimiento de los requisitos de notificación existentes (necesidad de disciplinas adicionales para asegurar el cumplimiento de los requerimientos de notificación existentes del AGCS) y; adecuados niveles de transparencia (alcance y límites de los requisitos de transparencia; papel de análisis de costo / beneficio en relación a las notificaciones).

La transparencia como parte de la buena gobernanza regulatoria ha sido considerada en particular en el comercio de bienes, en los Acuerdos OTC y MSF y en el contexto de los servicios en las disciplinas desarrolladas en el sector de contabilidad. Estas previsiones han sido tomadas en cuenta en las negociaciones del GTRN como el punto inicial de referencia para la creación de disciplinas sobre transparencia³⁷⁴. La posición de la Secretaría de la OMC, así como varias propuestas de los Miembros³⁷⁵ y la sugerencia de la OCDE³⁷⁶ han planteado que algunos de estos

³⁷³ Vid. WPDR, *Checklist of Issues for WPDR*, Informal Note by the Secretariat, Doc. JOB(01)/92 (5067/Rev.1), 19 June 2001. .

³⁷⁴ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 20 de julio de 2001*, Doc. S/WPDR/M/XX ,3 de julio de 2001. En relación a la relevancia del OTC y las disciplinas de contabilidad Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Párrafo 4 del artículo VI del AGCS: Disciplinas en materia de reglamentación nacional para todos los servicios*, Doc. S/C/W/96, 1999, *cit.*, párr. 1. Vid. también IIDA, K. Y NIELSON, J., "Transparency in domestic regulation: practices and possibilities", *op. cit.*; DELIMATSI, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 273; WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", *op. cit.*, en pp. 244-247.

³⁷⁵ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Párrafo 4 del artículo VI del AGCS: Disciplinas en materia de reglamentación nacional para todos los servicios*, Doc. S/C/W/96, 1999, *cit.*, párr. 31. También se puede ver la más reciente propuesta de EEUU al GTRN: OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas Horizontales sobre transparencia en Reglamentación Nacional*, Comunicación los Estados Unidos, Doc. JOB(06)/182, 9 de junio de 2006; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Líneas generales de la posición de los Estados Unidos sobre un proyecto de texto consolidado en el marco del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional*, Doc. JOB(06)/223, 2006, *cit.* También en otras comunicaciones se incluyeron propuestas para disciplinas más profundas en transparencia, Ver la propuesta de Australia, proponiendo la publicación con antelación a fin de que se dé a los interesados una oportunidad razonable para formular observaciones sobre las medidas propuestas. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI - Propuesta de proyecto de texto*, Comunicación de Australia; Chile; Colombia; Hong Kong, China; Corea; Nueva Zelanda y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, Doc. JOB(06)/193, 19 de junio de 2006, párr. 13. Japón también propuso la introducción de “procedimientos de comentarios previos”, ver OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Japón, Proyecto de anexo sobre la reglamentación nacional*, Doc.

critérios se extiendan al desarrollo de las disciplinas del art. VI:4. En relación a las obligaciones de publicación y notificación, el Acuerdo OTC y MSF contiene obligaciones más fuertes y según autores como WOUTERS Y COPPENS son disciplinas mucho más intrusivas para los procedimientos regulatorios nacionales que el art. III³⁷⁷. Por ejemplo, la obligación de los Miembros de explicar la justificación de una regulación a solicitud de otro Miembro, o notificar a otros Miembros del alcance, objetivo y racionalidad de sus propuestas de regulaciones y proveedor, previa solicitud expedir copia de las propuestas de regulación, así como permitir a otros Miembros hacer “comentarios previos” que podrían ser tomados en cuenta³⁷⁸. En tanto que las Disciplinas de Contabilidad contienen la obligación de transparencia que disponen que los Miembros deben hacer disponibles públicamente algunas informaciones específicamente relevantes para cumplir con titulaciones licencias y normas técnicas y requieren que los Miembros pongan a disposición del público la información necesaria relacionada con la obtención de licencias, títulos de aptitud profesionales o normas técnicas; que se informe, previa petición a otro Miembro, de la “razón de ser” de las medidas de reglamentación interna en el sector de contabilidad, en relación con los objetivos legítimos y que cuando se adopten medidas que afecten significativamente al comercio de servicios de contabilidad, los Miembros procuren dar oportunidades de formular observaciones y prestar consideración a éstas antes de la adopción de las medidas³⁷⁹.

En suma, se viene avanzando en la creación de las disciplinas del art. VI:4 que contengan disciplinas procedimentales de buena administración y debido proceso desde su enfoque procedimental y no solamente disciplinas relacionadas con la publicación de las reglamentaciones

JOB(03)/45/Rev.1, 2003, *cit.* párr. 3. La UE también realizó una propuesta concreta en relación a los procedimientos de licencias, a fin de que se permita a las partes afectadas en la modificación de procedimiento de licencia realizar comentarios al respecto, cuando el CIS sea significativamente afectado. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Propuesta para Disciplinas en Procedimientos de Licencias*, Comunicación de la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, 10 de julio de 2003, S/WPDR/W/25., párr. 19.14. Generalmente el lenguaje de las disciplinas es de un llamamiento exhortatorio a aplicar estos procedimientos y prescripciones.

³⁷⁶ En relación a la sugerencia de la OECD *vid.* OECD, Trade Committee, Working Party on Trade Committee, “Strengthening Regulatory Transparency: Insights for the GATS from the Regulatory Reform Country Reviews”, 11 April 2000, TD/TC/WP(99)43/FINAL. La OCDE Pupuso especialmente incluir la obligación de dar una explicación de la racionalidad de las medidas cubiertas relacionadas con la posibilidad de realizar comentarios provisionales a las regulaciones o de publicación en avance de las regulaciones, para permitir comentarios previos a la publicación. Como se verá en el Capítulo Sexto, en las negociaciones no se ha avanzado en estas propuestas.

³⁷⁷ *Vid.* también WOUTERS, J. Y COPPENS, D., “GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization”, *op. cit.*, en p. 244. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.* Considera este último que las disciplinas de transparencia y administración del art. VI no tienen tan amplio alcance como las obligaciones semejantes en los acuerdos OTC y MSF.

³⁷⁸ Ver respectivamente los arts. 2.5, 2.9.2, 2.9.3 y 2.9.4 del Acuerdo OTC así como los arts. 5(b) 5(c) 5(d) del Anexo B del Acuerdo de MSF.

³⁷⁹ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/64, 1998, *cit.*, párr. 5, 6.

nacionales relacionadas a los servicios. Esta interpretación amplia del criterio de transparencia se ha reflejado en el contenido de varias propuestas de los Miembros y en el desarrollo de las negociaciones del GTRN hasta la fecha.

b) *Las medidas cubiertas no deben ser “más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio”*

En este apartado se realiza una interpretación del requerimiento del art. VI:4 b) que las medidas regulatorias “no sean más gravosas de lo necesario”, en relación al objetivo general del art. VI:4 que las reglamentaciones nacionales “no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios”. El fin es valorar si este requerimiento debe ser entendido como una “prueba de necesidad” u otro tipo de prueba relacionada con el principio de proporcionalidad o razonabilidad, que permita evaluar cómo las medidas en cuestión pueden alcanzar el objetivo deseado sin ser excesivamente restrictivas. Alternativamente el requerimiento del art. VI:4 podría ser entendido como una forma más flexible o menos rigurosa que una prueba de necesidad, que no implicaría una valoración de la relación entre el grado de restricción de la medida regulatoria y el objetivos deseado, sino como una relación de “*suitability*” (es decir si es adecuada) o de un nivel mínimo de razonabilidad.

La relevancia para los PED de la potencial aplicación de una prueba de necesidad en este tipo de reglamentaciones nacionales dependerá del contenido y alcance de la prueba de necesidad, en relación a lo cual tendrá una distinta incidencia en su autonomía regulatoria. Asimismo influiría en las posibles modificaciones de sus prescripciones y procedimientos sobre reglamentaciones de licencias, titulaciones y normas técnicas vinculadas con el suministro de servicios. Por otro lado, los PED con potencial exportador podrían beneficiarse de procedimientos y requisitos regulatorios menos gravosos en el país importador.

La finalidad de las nuevas disciplinas sobre reglamentación nacional, que deben ser creadas de conformidad con el mandato del art. VI:4 del AGCS³⁸⁰, y en particular en relación al apartado b), es que las prescripciones o medidas de reglamentación nacional no discriminatorias, que impongan necesariamente cierta restricción al comercio, tengan un límite en tanto que sean innecesariamente “gravosas”. Este límite será que las restricciones no vayan más allá de lo requerido para cumplir con el objetivo de la medida.

³⁸⁰ El art. VI:4 en lo pertinente dispone: “Con objeto de asegurarse de que las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, las normas técnicas y las prescripciones en materia de licencias no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios, el Consejo del Comercio de Servicios, por medio de los órganos apropiados que establezca, elaborará las disciplinas necesarias. Dichas disciplinas tendrán la finalidad de garantizar que esas prescripciones, entre otras cosas: [...] b) no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio; [...]”.

Este propósito en términos del párrafo b del art. VI:4 es garantizar que las medidas regulatorias (prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, las normas técnicas y las prescripciones en materia de licencias) no sean “más gravosas de lo necesario”. Además, la disposición contiene un concreto objetivo legítimo de la medida, el cual justificaría su “gravosidad”, este objetivo es “asegurar la calidad del servicio”. De estos dos elementos parece derivarse que las disciplinas crearían una “prueba de necesidad”, que como se ha revisado está contenida en diversos acuerdos de la OMC³⁸¹, y ha sido desarrollada en virtud del art. VI:4 del AGCS en el sector de los servicios de contabilidad³⁸².

La prueba de necesidad en la OMC, especialmente el requerimiento que las medidas reguladoras no sean más restrictivas de lo necesario, es una herramienta o criterio normativo utilizado para buscar el equilibrio entre dos importantes fines potencialmente en conflicto: la promoción de la expansión del comercio versus la protección de las facultades regulatorias de los gobiernos³⁸³. Típicamente requiere que las medidas cubiertas, que restringen al comercio, no vayan más allá de lo “necesario” para alcanzar el objetivo de política del Miembro. Se plasma como una expresión del principio amplio de proporcionalidad y su diseño e interpretación es específica en cada una de las previsiones y a la luz del acuerdo del cual es parte³⁸⁴. Sin embargo, las distintas pruebas desarrolladas comparten algunos elementos comunes, los más usuales son: la medida que es objeto de la prueba, el objetivo que la medida busca alcanzar y el vínculo de necesidad entre la medida y el objetivo³⁸⁵, elementos que parecen manifestarse en gran medida en el art. VI:4 b).

A fin de determinar la existencia de una prueba de necesidad en el art. VI:4 b), en este contexto, este apartado analiza dos aspectos:

1. La determinación del objetivo de la reglamentación nacional y su legitimidad en relación a la prueba de necesidad, en particular el fundamento y alcance de que el único objetivo de la medida expresamente señalado en el art. VI:4 b) sea “la calidad del servicio”. Se valora cómo el grado aceptado de gravosidad (entendida como restrictividad) de la medida se determina en

³⁸¹ Notablemente la prueba de necesidad está presente en art. XX del GATT; arts. XIV y VI:4 del AGCS; arts. XII:2(d) y XII:5(e) del Anexo sobre Telecomunicaciones; arts. 2.2 y 2.5 del Acuerdo OTC; y arts. 2.2 y 5.6 del Acuerdo MSF. Vid. también DJORDJEVIC, M., "Domestic regulation and free trade in services - A balancing act", *Legal issues of economic integration*, vol. 29, no. 3, 2002, pp. 305-322, en pp. 311-316; TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", *op. cit.*, en pp. 69. ss.

³⁸² Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/64, 1998, *cit.*, párr. 2.

³⁸³ Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Application of the Necessity Test: Issues for consideration*, Informal Note by the Secretariat, Doc. Job No. 5929, 8 October 1999, párr. 2.

³⁸⁴ Ver el apartado .. sobre las diversas pruebas de proporcionalidad en la OMC.

³⁸⁵ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Las Pruebas de Necesidad en la OMC*, Doc. S/WPDR/W/27/Add.1, 18 de enero 2011, párr. 5.

relación a este único objetivo y la posible limitación de la capacidad reguladora que implica para de los PED.

Para ello se reflexiona en base al posible significado técnico del término “calidad del servicio” así como los debates de las negociaciones del GTRN realizados sobre lo que podrían incluirse como objetivos legítimos de la medida y su relación con la prueba de necesidad. La aproximación de esta investigación es que el incluir en la disciplina a “la calidad del servicio” como el único objetivo constituye en la práctica una limitación regulatoria. Por otro lado, el alcance del término “calidad del servicio” podría ser mayor que su significado literal y los Miembros podrían incluir en las disciplinas otros objetivos legítimos en relación a los que se puede establecer la necesidad de la medida. Este análisis toma en cuenta la discusión que se ha planteado en las negociaciones del GTRN sobre el impacto de una prueba de necesidad en la sustancia de las regulaciones nacionales de servicios y en las facultades discrecionales regulatorias relacionadas con los objetivos legítimos de política nacional. También valora en qué medida esto dependerá de los diversos elementos que se consideren para determinar el requisito de la necesidad de la medida³⁸⁶.

2. El significado del examen de la gravosidad o “*burdensomeness*” de la medida, o en otras palabras en qué consiste el examen de que las medidas no sean más gravosas al comercio de lo necesario y cómo podría ser implementado este examen mediante una PN en las disciplinas de reglamentación nacional, considerando los intereses de los PED.

Los principales elementos usados para este análisis son: la relación y/o semejanza del enunciado del art. VI:4 b) con el examen de la “medida menos restrictiva de lo necesario” y la concordancia del examen de la gravosidad de la medida con la llamada prueba de necesidad en una disposición positiva de la OMC, lo que estaría asociado al principio de proporcionalidad en el marco de la OMC. Para ello se toma en cuenta el análisis realizado previamente en esta investigación sobre la prueba de necesidad en varias disposiciones de los acuerdos de la OMC y los debates realizados en el GRTN sobre inclusión en las disciplinas de una prueba de necesidad.

La tesis que se plantea es que en el art. VI:4 b) sí existe el llamamiento para desarrollar una prueba de la de necesidad de ciertas reglamentaciones nacionales de servicios (prescripciones y procedimientos) y que la necesidad de la medida será valorada en relación a su objetivo de asegurar

³⁸⁶ Las regulaciones sobre reglamentación nacional pueden afectar el balance entre la liberalización del comercio y el derecho de regular de los Miembros. Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, pp. 130 y 153; VERHOUSEL, G., *National Treatment and WTO Dispute Settlement: Adjudicating the Boundaries of Regulatory Autonomy*, , 17, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 17; WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", *op. cit.*, p. 220.

la calidad del servicio. Los Miembros, si acuerdan finalmente desarrollar la prueba de necesidad, deben hacerlo con el suficiente detalle para su aplicación por los órganos resolutorios de la OMC. Se debe elaborar un mecanismo idóneo que tome en cuenta los nuevos enfoques desarrollados por la jurisprudencia de OMC sobre la PN en otros Acuerdos de la OMC, principalmente el Acuerdo OTC.

Es especialmente relevante la valoración de la medida alternativa que se debe realizar en base al examen de “sopesar and confrontar” diferentes factores. En este examen debe quedar claro que la valoración relacional se realiza en relación a la medida en revisión y con el fin de determinar su grado de restricción al CIS. La consideración de si es necesaria o no se establece en relación a que exista una medida alternativamente razonablemente disponible. En este examen deberían incluirse estándares que ayuden a conservar los intereses legítimos protegidos.

- i. El objetivo legítimo de la medida en relación al cual se valora si una medida es más gravosa de lo necesario

El art. VI:4 señala que las disciplinas tendrán como finalidad garantizar que las medidas en cuestión no sean más gravosas de lo necesario para asegurar “la calidad del servicio”. La “calidad del servicio” constituiría el fin último que se intenta proteger mediante la medida regulatoria que impone una limitación al CIS con la medida regulatoria. Como se ha visto, las pruebas de necesidad en el marco de la OMC, en términos generales, valoran si la medida regulatoria no restringe indebidamente el comercio en tanto que constituye la medida menos restrictiva con la que se pueda cumplir con el *objetivo legítimo*. En tanto que las nuevas disciplinas contengan una prueba de la necesidad respecto de licencias, títulos de aptitud y normas técnicas, “la calidad del servicio” constituiría el objetivo legítimo de la medida, en relación al cual se puede valorar su restrictividad y la posibilidad de sustituirla o no por una medida alternativa.

En principio, la inclusión de la “calidad del servicio” como el único objetivo legítimo, en relación al cual se valoraría la necesidad de una reglamentación nacional, podría conllevar que la cláusula del art. VI:4 limite excesivamente las facultades regulatorias de los Miembros, en palabras de TRACHTMAN, sería muy intervencionista ya que podrían restringir no solamente las medidas regulatorias sino los objetivos regulatorios³⁸⁷. Esto se produce porque existen muchos tipos de medida regulatoria que afectan al comercio de servicios, las cuales tienen un objetivo diferente que la calidad del servicio³⁸⁸. La aplicación estricta del término “calidad del servicio” puede tener

³⁸⁷ *Vid.* TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", *op. cit.*, p. 68-69.

³⁸⁸ *Ibid.* Según TRACHTMAN puede ser que los objetivos sean evitar otras externalidades o daños causados por los proveedores de servicios. Por ejemplo, ignorando por in momento las clausulas prudenciales, si se requiere a un banco de mantener una particular reserva en relación a un préstamo, ¿esto será necesario para asegurar la calidad del servicio?

implicaciones importantes en la aplicación de políticas públicas como en áreas de salud, medioambientales, territoriales, entre otros,³⁸⁹ y así como crear inconsistencias de regulación³⁹⁰.

Cabe recordar que la connotación “la calidad del servicio” en el art. VI:4 no implica que éste sea el único objetivo legítimo que estaría permitido en el caso de las licencias, títulos de aptitud y normas técnicas relacionados con los servicios, ya que la discrecionalidad reguladora de los Miembros está en términos generales resguardada por el preámbulo del AGCS, sería más bien un referente al valorar el grado de restricción de la medida.

La referencia a la calidad del servicio como el único objetivo legítimo en el art. VI:4 podría explicarse porque la calidad de los servicios suele ser el principal criterio considerado por los reguladores al crear prescripciones y procedimientos restrictivos al CIS, en los tipos de reglamentaciones nacionales de servicios a los que se refiere el art. VI:4. Si bien el tipo de reglamentaciones cubiertas suelen tener un fin último que es bastante restringido, que es asegurar el alto nivel de la calidad de los servicios y proveedores de servicios, esta consideración se basa sobre todo en el punto de vista del consumidor y olvida que las reglamentaciones nacionales cubiertas por el art. VI:4 que afectan al CIS pueden servir a objetivos nacionales diferentes o además de la calidad del servicio³⁹¹.

Sin embargo, en las negociaciones del GTRN los Miembros están facultados para agregar otros objetivos legítimos o hacer una referencia general a los objetivos legítimos de las RN. Existen varios argumentos que justifican una ampliación de los objetivos legítimos que están cubiertos por una prueba de necesidad en las futuras disciplinas, ya sea a manera de una lista ilustrativa de objetivos o mediante una referencia general al resguardo de los objetivos de política pública. Se analizarán a continuación los argumentos y las implicaciones de los posibles enfoques.

Primero, la disposición del art. VI:4 contiene el mandato para elaborar una PN en una obligación positiva, la nueva disciplina que se acuerde sería por ende una obligación positiva que contendría una PN semejante a las obligaciones del art. 2.2 del Acuerdo OTC y del art. 5.6 del Acuerdo MSF y del art. 2 de las disciplinas de contabilidad. En este tipo de obligaciones se incluye una “lista ilustrativa de objetivos legítimos”. Como señaló la Secretaría de la OMC, una distinción relevante entre las pruebas de necesidad utilizadas en el contexto de una obligación y las que se

³⁸⁹ Otras políticas, como un PED que requiere que se reserve un cierto número de camas para pacientes pobres que serán gratis en una base de caridad, pueden difícilmente ser asociadas a la calidad del servicio.

³⁹⁰ En tanto que una práctica regulatoria relacionada con el acceso universal en los servicios de salud, que no se dirija solamente a los proveedores extranjeros sino que sea general, no podría ser revisada por los arts. XVI y XVII. En tanto que sería incompatible con el art. VI, pero no podría ser rectificada por el camino de una limitación a los compromisos, sino que se requeriría que la medida sea cambiada. *Vid.* ADLUNG, R., "Public Services and the GATS", *Journal of International Economic Law*, vol. 9, no. 2, 2006, pp. 455-485, en p. 480.

³⁹¹ En un sentido parecido *vid.* DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 204.

aplican en casos de excepciones es que en las primeras suele haber una lista ilustrativa de objetivos legítimos³⁹². Mediante esta lista abierta de objetivos se establece un marco más amplio para el ejercicio de la autonomía regulatoria del Miembro demandado³⁹³.

El OA en el asunto *EEUU – Atún II* observó, en relación a los objetivos señalados en el art. 2.2 del OTC, que se enumeran varios ejemplos concretos de objetivos legítimos y que estos objetivos expresamente enumerados no configuran una lista cerrada. Asimismo consideró que los objetivos enumerados “ofrecen un punto de referencia con respecto a cuáles serían otros objetivos que pueden considerarse legítimos en el sentido de esta disposición”. Asimismo estimaron que los objetivos reconocidos en las disposiciones de otros Acuerdos pueden orientar e informar el análisis de lo que cabe considerarse un objetivo legítimo en virtud del art. 2.2 del OTC³⁹⁴. Al momento de determinar la legitimidad del objetivo que se persigue con la medida regulatoria, el GE se fijará primero si el objetivo corresponde a uno de los enumerados. Si no está comprendido, debe determinar la legitimidad del objetivo de la medida reclamada, guiado por las consideraciones señaladas.

Segundo, en las disciplinas de contabilidad elaboradas en virtud del mismo mandato del art. VI:4 se ha establecido una lista abierta de objetivos legítimos, dentro de los objetivos mencionados en la lista abierta está “la calidad del servicio”, junto con otros tales como la protección de consumidores, la capacidad profesional, y/o la integridad de la profesión³⁹⁵. Esta es una lista ilustrativa de los objetivos que la medida en cuestión debería buscar de satisfacer para justificar su gravosidad³⁹⁶. Una vez que entren en vigor las disciplinas de contabilidad, los órganos resolutorios deberán tomar en cuenta por lo menos estos objetivos al examinar la relación entre la medida adoptada y el objetivo que intenta perseguir.

La lista de objetivos considerados, expresamente señalados en las disciplinas de contabilidad, es más amplia que la del art. VI:4, DELIMATIS opina que el requisito de la necesidad en las disciplinas de contabilidad sería substancialmente más fuerte que la que está contenida en el

³⁹² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Las Pruebas de Necesidad en la OMC*, Doc. S/WPDR/W/27/Add.1, 2011, *cit.*, párr. 52.

³⁹³ Vid. DELIMATIS, P., "Who's afraid of necessity? And why it matters?", *op. cit.*, p. 100.

³⁹⁴ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, (*Estados Unidos — Atún II*), Doc. WT/DS381/AB/R, 16 de mayo de 2012, párr. 313. Vid. también Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, (*Estados Unidos — EPO*), Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, 29 de junio de 2012, párr. 370.

³⁹⁵ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/64, 1998, *cit.*, párr. 2.

³⁹⁶ Vid. DELIMATIS, P., "Towards a Horizontal Necessity Test for Services: Completing the GATS Article VI:4 Mandate", *op. cit.*, p. 375.

art. VI:4 (así como el art. VI:5) del AGCS.³⁹⁷ Se entiende esta expresión en el sentido que al indicar expresamente algunos objetivos legítimos de la medida existe mayor certeza jurídica sobre la posible interpretación de la disciplina. En la prueba de necesidad los órganos resolutorios tomaran en cuenta cuando menos estos objetivos para reconocer la capacidad regulatoria de los Miembros, existiendo margen para incorporar otros objetivos de política. Este ha sido el caso en la aplicación del Acuerdo OTC, donde en virtud del art. 2.5 se ha otorgado una “presunción rebatible de necesidad” a los objetivos expresamente mencionados en el art. 2.2.³⁹⁸ En este sentido, la incorporación de objetivos legítimos a manera de ejemplo en las disciplinas horizontales del art. VI:4 sería relevante para la interpretación de la necesidad de la medida.

El otro fundamento que permite agregar otros objetivos legítimos es que el alcance del término “calidad del servicios” parece interpretarse de una forma más amplia que su significado literal. Como señalaba PAUWELYN, la lista de objetivos de política que pueden potencialmente justificar una restricción al comercio en el art. VI:4 es más amplia que en el caso de las excepciones del art. XIV y XIV bis. En particular en la expresión que la medida “no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio”, no se define “*what factors or objectives can be considered under quality*”³⁹⁹. Es decir que la calidad del servicio no está claramente definida y se podrían incluir varios objetivos más amplios o factores determinantes de la calidad. En este sentido la lista de justificaciones potenciales elaborados en base al art. VI:4 podría ser semejante a lista no exhaustiva de objetivos de política del art. 2.2 del Acuerdo OTC⁴⁰⁰ y en el párrafo 2 de las Disciplinas de Contabilidad.

En las negociaciones del GTRN, la determinación de los objetivos legítimos de la medida ha sido uno de los aspectos decisivos en las discusiones sobre el alcance de la prueba de necesidad y en la prioridad de dar guías adecuadas a los órganos resolutorios para aplicar esta prueba. La reserva de varios Miembros en incluir una prueba de necesidad en las disciplinas se ha fundado esencialmente en el resguardo de su autonomía regulatoria, lo que tiene su eco en la determinación del objetivo de la medida y el adecuado nivel de protección. Como se verá más adelante, a partir del borrador de las disciplinas del 2007 se retiraron del texto principal aquellas disciplinas que puedan tener alguna relación con la prueba de necesidad, incluida la referencia a los objetivos legítimos de la medida o a los objetivos de política pública en relación a la PN. Sin embargo, el

³⁹⁷ *Ibid.* en p. 376; DELIMATIS, P., "Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come", *op. cit.*, en p. 385. Esto es tomado en cuenta en el posterior análisis de la prueba de necesidad en el art. VI:4. Ver el análisis sobre el documento de las disciplinas en el sector de los servicios en el apartado XXX de esta investigación.

³⁹⁸ *Vid.* DELIMATIS, P., "Towards a Horizontal Necessity Test for Services: Completing the GATS Article VI:4 Mandate", *op. cit.*, p. 376.

³⁹⁹ *Vid.* PAUWELYN, J., "Rien ne va plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS", *op. cit.*, p. 138.

⁴⁰⁰ *Vid.* DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 177.

debate de la PN está aún sobre la mesa y algunos Miembros siguen planteando la inclusión de elementos que limiten el alcance de los objetivos de la medida.

La principal discusión en el GTRN viene siendo si se debería incluir una lista de objetivos legítimos como en el caso de las disciplinas de contabilidad⁴⁰¹. En particular, en relación a las prescripciones y procedimientos en materia de licencias y títulos de aptitud, las propuestas sobre una prueba de necesidad plantean que “el concepto de objetivos de política general que justifican las medidas de reglamentación nacional debe ser más amplio y no limitarse a garantizar la calidad del servicio”⁴⁰². Parece que un planteamiento generalizado en el caso de establecerse una prueba de necesidad sería que la lista de los objetivos no debería ser exhaustiva, sino permanecer abierta a otros objetivos no enumerados específicamente⁴⁰³, tal como en las Disciplinas de Contabilidad⁴⁰⁴.

Sin embargo, como plantearon algunos autores, la identificación de algunos objetivos en una lista abierta en servicios crearía también ciertas dificultades de interpretación, ya que tendrían una función indicativa⁴⁰⁵, se estarían en cierta forma priorizando algunos objetivos. Se planteó en qué medida otros objetivos que son en general prioritarios para las políticas públicas deberían considerarse expresamente, por ende la dificultad estaría en llegar a un acuerdo sobre cuáles serían estos objetivos que se señalarían expresamente para que la lista no fuera demasiado larga⁴⁰⁶. También se ha discutido en este contexto sobre la posibilidad de incluir una lista de “objetivos no legítimos”, sin embargo esta posibilidad se descartó por ser demasiada limitativa⁴⁰⁷.

Por otro lado está la alternativa de establecer una prueba de necesidad sin que el marco de la OMC predetermine los objetivos, bajo la presunción que cualquier objetivo de política de los

⁴⁰¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Resumen de los debates sobre la Lista recapitulativa de cuestiones para el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional - Revisión*, Doc. JOB(02)/3/Rev.3, 3 de diciembre 2002, no. 4, p. 7.

⁴⁰² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Situación de las negociaciones sobre las disciplinas en materia de reglamentación de conformidad con el párrafo 4 de artículo VI del AGCS*, Nota del Presidente, Doc. JOB(06)/37, 3 de marzo 2006, párr. 7.

⁴⁰³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Japón, Proyecto de anexo sobre la reglamentación nacional*, Doc. JOB(03)/45/Rev.1, 2003, cit.

⁴⁰⁴ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/64, 1998, cit., párr. 2.

⁴⁰⁵ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit., p. 144.

⁴⁰⁶ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Resumen de los debates sobre la Lista recapitulativa de cuestiones para el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional - Revisión*, Doc. JOB(02)/3/Rev.3, 2002, cit., párr. 8; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 2 de octubre 2001*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/13, 21 de noviembre 2001.

⁴⁰⁷ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 3 de julio 2001*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/12, 16 de agosto 2001; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Resumen de los debates sobre la Lista recapitulativa de cuestiones para el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional - Revisión*, Doc. JOB(02)/3/Rev.3, 2002, cit., párr. 6; vid. también WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", op. cit., p. 248.

Miembros debe ser considerado legítimo y así es reconocido por el AGCS. En este caso los órganos resolutorios seguirían requiriendo una guía clara en la disciplina misma, que indique que no existe una priorización o limitación en los objetivos de la medida. De otra forma, podría desprenderse del contenido del art. VI:4 que el único objetivo legítimo es “la calidad del servicio”⁴⁰⁸.

En este contexto, la propuesta de Japón parece acercarse a la idea de una prueba de necesidad en la que no se limiten los objetivos legítimos y que se debe señalar también esto expresamente en la disciplina⁴⁰⁹. En su propuesta sobre la prueba de necesidad señaló que, a efecto que no se elaboren, adopten o apliquen medidas que tengan por objeto crear obstáculos innecesarios al comercio de servicios, los Miembros se asegurarán de que dichas medidas no sean más gravosas de lo necesario para cumplir los objetivos de sus políticas nacionales. Esta posición fue seguida por algunos PED Miembros en sus propuestas relacionadas con la prueba de necesidad⁴¹⁰, a partir de esta propuesta otros Miembros además de referirse a los “objetivos de política nacional en general, considerado que sería adecuado también una referencia adicional al objetivo de asegurar la calidad del servicio⁴¹¹. Otros Miembros a favor de una lista abierta durante los debates dieron ejemplos concretos de los objetivos de política pública que deberían considerarse⁴¹².

La propuesta inicial de texto del 2006 (documento de trabajo refundido) siguió en esencia la propuesta inicial de Japón, e incluyó en el párrafo sobre los objetivos de las disciplinas la siguiente frase, que entre otras cosas: “no sean más gravosas de lo necesario para realizar objetivos

⁴⁰⁸ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit., p. 144.

⁴⁰⁹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Japón, Proyecto de anexo sobre la reglamentación nacional*, Doc. JOB(03)/45/Rev.1, 2003, cit., sección III, párr. 6. En esta comunicación el Japón aclaró que en la negociaciones no se había convenido ninguna definición concreta de "objetivo legítimo", por lo que prefiere referirse a "objetivos de las [sus] políticas nacionales", basada en el preámbulo del AGCS.

⁴¹⁰ Un grupo de PED señalaron que “En relación a los principios genérelas de las disciplinas señalaron que cada Miembro se asegurará de que las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y las normas técnicas... ii) no sean más gravosas de lo necesario para realizar los objetivos de la política nacional”. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil, Colombia, Filipinas, Indonesia, el Perú y la República Dominicana, Elementos de un proyecto de disciplinas en materia de reglamentación nacional*, Doc. JOB(06)/34, 24 de febrero 2006, párr. 3 d).

⁴¹¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI - Propuesta de proyecto de texto*, Doc. JOB(06)/193, 2006, cit. párr. 3.

⁴¹² Son, entre otros: la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal; la protección de la moral y el mantenimiento del orden público; los imperativos de la seguridad nacional; el acceso a los servicios esenciales; la calidad del servicio; la competencia profesional; la integridad profesional; y la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas. Las prescripciones deberán basarse en criterios objetivos y transparentes. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Propuesta de disciplinas sobre las normas técnicas en materia de servicios - Revisión*, Comunicación de Suiza y México, Doc. S/WPDR/W/32/Rev.1, 28 de octubre 2005, p. 5, párr. 7.

específicos de la política nacional, incluso para asegurar la calidad del servicio⁴¹³. Se refiere así a los objetivos de política nacional en términos amplios y refuerza la idea que la calidad del servicio es uno de ellos. Incluye a los objetivos dentro del examen de la prueba de necesidad, también de forma más específica en las prescripciones sobre licencias y títulos de aptitud y normas técnicas.

A partir del borrador del 2007⁴¹⁴, por la oposición de varias delegaciones a que se incorporara la PN, se ha retirado del texto principal de los borradores también la referencia a objetivos legítimos de la medida u objetivos de política nacional. La referencia que se ha dejado a los objetivos de política nacional en el borrador de las disciplinas aparece únicamente en el apartado de introducción, en donde se reconoce entre otras cosas el derecho a reglamentar de los Miembros en relación a los servicios y establecer nuevas reglamentaciones, con el fin de realizar “los objetivos de su política nacional”⁴¹⁵, y en esta disciplina en concreto los Miembros han llegado a un acuerdo *ad referéndum*⁴¹⁶.

No obstante, en las negociaciones posteriores al borrador del 2009 algunos Miembros propusieron agregar al texto nuevos párrafos referidos a una prueba de necesidad o alguna redacción equivalente con la prueba de pertinencias⁴¹⁷; en este caso la referencia y entendimiento de los objetivos legítimos volvería a ser pertinente.

En las obligaciones generales el art. 11 del más reciente borrador de las disciplinas se establece el estándar básico que deben cumplir las medidas abarcadas por las disciplinas. Señala que además de ser preestablecidas, basarse en criterios objetivos y transparentes, “serán pertinentes para el suministro de los servicios”. El significado y alcance del término “pertinencia” ha generado

⁴¹³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS - documento de trabajo refundido, Nota del Presidente*, Documento de trabajo, Doc. JOB(06)/225, 12 de julio 2006, a objetivos, párr. 3, p. 3.

⁴¹⁴ Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Draft Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4*, Room Document, Informal Note by the Chairman, 18 April 2007.

⁴¹⁵ Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Draft Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4*, 2009, *cit.*, párr. 3. “Los Miembros reconocen el derecho a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional, y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho, dada la asimetría existente en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones sobre servicios en los distintos países. No debería interpretarse que estas disciplinas prescriben o imponen enfoques normativos particulares o cualesquiera disposiciones normativas particulares en la reglamentación nacional.” Si bien una disciplina parecida ya parecía en el borrador del 2006, *vid.* WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Draft Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4*, 2007, *cit.*, párr. 3.

⁴¹⁶ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, p. 8.

⁴¹⁷ Ver en párrafos más abajo el análisis del contenido de la prueba de necesidad, en los parra y 11... se nota cruzada.

cuestionamientos sobre su relación con la prueba de necesidad⁴¹⁸. En todo caso, si se entendiera que en la prueba de pertinencias, no es preciso que la medida, por ser “pertinente”, constituya la alternativa disponible menos restrictiva al comercio⁴¹⁹, es inevitable determinar los objetivos legítimos de la medida. En este examen se establecerá un vínculo entre la medida y el suministro de servicios, tomado en cuenta los objetivos, se ha señalado en este sentido “*Such a link might not be readily ascertained without regard to the objective that a specific measure pursues*”⁴²⁰.

En la propuesta de incorporar una PN en las disposiciones generales⁴²¹, la obligación de que las medidas no restrinjan al comercio más de lo necesario está ligado al fin de “cumplir objetivos específicos de la política nacional, incluido el de asegurar la calidad de un servicio”⁴²². Así, la importancia de la incorporación de ciertos objetivos legítimos de la medida está vinculada al contenido de la prueba de la necesidad en las disciplinas de reglamentación nacional de servicios y en la interpretación que puedan hacer los órganos resolutorios. Por ende, si los Miembros llegan a un acuerdo sobre la inclusión de una PN, la referencia a los objetivos legítimos y objetivos de política nacional vinculados a ella es indispensables y puede proveerse que sea una referencia general a los objetivos de política nacional en sentido amplio o que incluya algunos objetivos en concreto a manera de una lista abierta. En la disciplina debería quedar claro que la necesidad de la medida se evalúa a la luz del objetivo de política que el Miembro ha elegido y persigue⁴²³, pero el objetivo de política perseguido por la reglamentación nacional será decidido por el Miembro⁴²⁴.

⁴¹⁸ Ver la discusión del siguiente apartado sobre la prueba de necesidad y con mayor detalle en las negociaciones de GTRN desde la perspectiva de los PED en el capítulo siguiente.

⁴¹⁹ Ver la posición del Presidente del GTRN en los debates realizados durante el 2010, *vid.* WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 - Annotated Text*, 2010, *cit.*, párr. 97, p. 25.

⁴²⁰ *Ibid.*, párr. 97, p. 25.

⁴²¹ Si bien no aparece en el borrador del 2009, esta propuesta está sobre la mesa en los debates del GTRN, tal como refleja en estudio de la situación del 2011. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, p. 18, párr. 11bis.

⁴²² *Ibid.*, p. 18, párr. 11bis. “Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las normas técnicas y las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio de servicios. A tal fin, los Miembros se asegurarán de que esas medidas no restrinjan el comercio más de lo necesario para cumplir objetivos específicos de la política nacional, incluido el de asegurar la calidad de un servicio.”

⁴²³ Como se verá en la jurisprudencia recogida en esta adición, “las pruebas se centran en la “necesidad” de las *medidas*, y no en la del *objetivo de política*.”

⁴²⁴ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Las Pruebas de Necesidad en la OMC*, Doc. S/WPDR/W/27/Add.1, 2011, *cit.*, párr. 4.

- ii. El examen de la gravosidad de la medida: hacia una prueba de necesidad en las reglamentaciones nacionales que afectan al CIS

A fin de evitar que aquellas regulaciones nacionales que sean gravosas o difíciles de sobrellevar puedan minar el valor de los compromisos de AM en servicios⁴²⁵ el art. VI:4 b) establece un mínimo de razonabilidad sustantiva en las medidas en cuestión mediante la elaboración de futuras disciplinas. Esta razonabilidad se traduce en un análisis de la gravosidad de la medida, que determina si tal restricción es necesaria para cumplir con sus objetivos. El alcance de este requisito de las disciplinas en reglamentación nacional, de que las medidas cubiertas “no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio” (“*not more burdensome than necessary to ensure the quality of the service*”), se debe concretar, en términos generales, teniendo en cuenta el párrafo primero del art. VI:4, que expresa el objetivo general de las nuevas disciplinas de reglamentación nacional, que es que las prescripciones y procedimientos de las medidas cubiertas “no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios⁴²⁶. Tomando en consideración que el *chapeau* orienta todo el contenido de la disposición, se puede afirmar que el art. VI:4 b), si bien no impone directamente una prueba de necesidad⁴²⁷, introduce el mandato para elaborar disciplinas que permitan valorar la gravosidad de las regulaciones nacionales no discriminatorias entendidas como obstáculos o restricciones al CIS. En otras palabras, impone un mandato para elaborar una “prueba de necesidad” de la regulación doméstica que afecta al CIS, basada en una disposición que establece una obligación positiva⁴²⁸. Por otro lado, la racionalidad aplicada para valorar la gravosidad de una medida es compleja, por lo que los Miembros deben ser cuidadosos de que el escrutinio no sea demasiado estricto, ya que ello podría reducir o limitar su soberanía regulatoria, el impacto de las disciplinas dependerá del preciso diseño de esa prueba⁴²⁹.

El alcance de “no más restrictivo al comercio de lo necesario” en el art. VI:4

El argumento esencial a favor de ver una prueba de necesidad en el art. VI:4 b) radica en que la noción de “no más gravoso de lo necesario” tiene un contenido semejante a la noción de “lo

⁴²⁵ Vid. MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Key Issues", *op. cit.*, p. 4.

⁴²⁶ Esta preocupación de que las reglamentaciones no discriminatorias pudieran en todo caso restringir al CI ha sido aceptada por los negociadores de la RU, los resultados se reflejan por ejemplo en el Acuerdo de OTC en los arts. 2.2. y 2.3 y en el Acuerdo de MSF en los arts. 2.2 y 6.5, que contienen el requerimiento que la mera aplicación de regulaciones no cree barreras innecesarias al comercio.

⁴²⁷ Vid. PAUWELYN, J., "Rien ne va plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS", *op. cit.*, en p. 138. Señala "*Crucially, therefore, at this stage GATS negotiators explicitly refused to impose a general necessity test on non-discriminatory domestic regulation. With the exception of the accountancy sector, any such test remains to be developed*".

⁴²⁸ Revisar en este capítulo en análisis del principio de proporcionalidad en disposiciones que establecen una obligación, en tanto que la “prueba de necesidad” es la que se ha desarrollado esencialmente y se desprende de las obligaciones del art. 2.2 y 2.5 del Acuerdo de OTC y del art. 6.5 del Acuerdo de MSF, *vid. apartado I A 4...* nota al pie supra.

⁴²⁹ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 141.

menos restrictivo al comercio”, o cuando menos en que no existiría una diferencia significativa entre estos dos estándares⁴³⁰. Si la medida es más gravosa de lo necesario, entonces por oposición debe haber alguna medida que podría ser menos gravosa y por definición ésta será una alternativa menos restrictiva. Como se ha señalado, desde una perspectiva económica de costos de la medida, la referencia de la necesidad implica “*that costs to suppliers should be the least necessary once the trade restrictiveness aspect has been taken into account*”⁴³¹. Esto significa que si bien las medidas en cuestión pueden causar restricciones al CIS, los costes para los proveedores de servicios deben ser solamente los mínimos necesarios. Sin embargo, nuevamente cabe destacar que este es un requerimiento difícil de aplicar en diferentes situaciones⁴³².

La cuestión de si existe o no una diferencia entre “no más gravoso de lo necesario” y “no más restrictivo de lo necesario” es especialmente relevante para determinar el alcance de la prueba de necesidad en las disciplinas, ya que la gravosidad de la medida podría evaluarse considerando factores diferentes que los que se han usado para la valorar la restrictividad, además podría entenderse que la gravosidad de la medida va más allá que la restrictividad o que se aplica a diferentes niveles de examinación de la medida.

Este enfoque toma como referencia las negociaciones para las disciplinas desarrolladas en el sector de la contabilidad, en ellas se concluyó que existiría un llamamiento a la prueba de necesidad en el art. VI:4 b). Se dejó de lado la terminología del art. VI:4 (b) “no más gravoso de lo necesario” y se adoptó una más semejante al lenguaje del art. 2.2 del Acuerdo de OTC. Se implantó una prueba que requiere que los Miembros se aseguren de que las medidas en cuestión no restrinjan el comercio más de lo necesario para cumplir un objetivo legítimo⁴³³ y se indica que estos objetivos legítimos son, entre otros, la protección de los consumidores, la calidad el servicio, la competencia profesional y la integridad de la profesión. Sin embargo, ya que las pruebas de necesidad de la OMC se basan generalmente en la noción de “restrictividad al comercio” y no en la noción de “gravosidad al comercio” y dado que el AGCS en el art. VI:4 no hace mención expresa a la restricción al comercio y que la Secretaría de la OMC comentó que existía una diferencia entre el carácter restrictivo y el carácter gravoso en el contexto del art. VI:4⁴³⁴, sigue en duda la cuestión de

⁴³⁰ Vid. LEEBRON, D. W., "Regulatory Discrimination In Domestic United States Law: A Model for the GATS?", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank y Oxford University Press, 2003, pp. 43-56, p. 52.

⁴³¹ Vid. ARKELL, J., "The General Agreement on Trade in Services: A Review of its Textual Clarity and Consistency", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 27, 2002, pp. 337-348, p. 344.

⁴³² *Ibid.*, p. 344.

⁴³³ En el párr. 2 de la Sección I de las Disciplinas relativas al sector de la contabilidad también se presenta una relación de objetivos a manera de ejemplo. Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/64, 1998, *cit.*. Cabe recordar la diferencia con el art. XX del GATT o el art. XIV del AGCS en los cuales se incluye una lista cerrada de objetivos.

⁴³⁴ La Secretaría respondió que había una diferencia, que una medida podía ser más gravosa que necesaria, pero no hasta el punto de ser restrictiva del comercio, e inversamente. Vid. OMC, GRUPO DE

si existiría una diferencia entre una prueba de necesidad que esté basada en una u otra de estas nociones.

En principio, fundado en sus significados literales existiría una diferencia entre estos dos conceptos, una medida podría ser más gravosa de lo necesario pero no necesariamente restringir al comercio.⁴³⁵ Según NEUMANN Y TÜRK, el concepto de gravosidad parece ser más amplio que el de restrictividad al comercio, por lo que las disciplinas sobre reglamentación nacional que requieran una prueba general de la gravosidad tendrán potencialmente un mayor impacto en la regulación nacional⁴³⁶. Sin embargo, KRAJEWSKI⁴³⁷ señaló que el art. VI:4 b) tiene que verse a la luz del *chapeau* del art. VI:4 que se refiere a que la reglamentación nacional no debería ser más restrictiva al comercio de lo necesario, añade que ya que el *chapeau* orienta el resto del párrafo, “no más gravoso de lo necesario” se debería entender como no más restrictivo de lo necesario en el contexto del art. VI:4. Esta perspectiva es apoyada por el propósito general del AGCS que tiene el objetivo de la liberalización y expansión del CIS y no de la reducción de regulaciones gravosas. Por lo que las disciplinas futuras deberían vincular la prueba de necesidad al estándar de “restrictividad del comercio” y no al de “gravosidad”. DELIMATISIS, siguiendo a LEEBRON, afirma que no existiría una diferencia entre las dos nociones, ya que de otra forma permitiría a los órganos adjudicatarios de la OMC pronunciarse sobre la legalidad de una regulación “indebidamente gravosa” incluso en la ausencia de una restricción al comercio internacional, lo que es improbable que sea aceptado por la mayoría de los Miembros de la OMC⁴³⁸. Esto estaría relacionado con el comentario inicial que se hizo en este apartado de que el objetivo general expresado en el *chapeau* del art. VI:4 es evitar barreras innecesarias al CIS, por lo que el objetivo de evitar medidas que son solamente onerosas o gravosas no es suficiente para cuestionar una medida en virtud de las disciplinas del art. VI:4⁴³⁹.

TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 11 de mayo de 2001*, Doc. S/WPDR/M/11, 7 de junio 2001, Anexo resumen de los debates sobre la lista recapitulativa de cuestiones para el grupo de trabajo sobre la reglamentación nacional, párr. 6.

⁴³⁵ Vid. NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea — Beef, EC — Asbestos and EC — Sardines", *Journal of World Trade*, vol. 37, no. 1, 2003, pp. 199-233, p. 223. Esto también parece que fue la idea inicial de la Secretaría de la OMC en la primera etapa de las negociaciones, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Resumen de los debates sobre la Lista recapitulativa de cuestiones para el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional - Revisión*, Doc. JOB(02)/3/Rev.3, 2002, *cit.*, p. 9.

⁴³⁶ Vid. NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea — Beef, EC — Asbestos and EC — Sardines", *op. cit.*, p. 223-224.

⁴³⁷ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 142.

⁴³⁸ También se ha sugerido que la prueba de necesidad podría consistir en un doble examen, en un primer estrato que sería el externo se examinaría si la medida restringe innecesariamente el CIS, y en otro estrato, el interno, se revisaría la gravosidad de la medida en relación a su objetivo legítimo. Si se resuelve que la medida no es más restrictiva de lo necesario, se valora luego si esta medida podría seguir siendo gravosa, sin embargo esta interacción podrían minar la soberanía regulatoria, tal como también lo reconoce DELIMATISIS, *vid.* DELIMATISIS, P., "Towards a Horizontal Necessity Test for Services: Completing the GATS Article VI:4 Mandate", *op. cit.*, p. 387.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 386.

Durante las negociaciones del GTRN y en particular en el periodo inicial los Miembros aceptaron que los significados de estas expresiones eran los mismos⁴⁴⁰ o cuando menos que no implican una modificación en el desarrollo de la prueba de necesidad⁴⁴¹, por lo que se han venido usando de forma intercambiable⁴⁴². La cuestión de la posible diferencia entre los dos términos se basa en la mayor amplitud del término gravoso y en que el texto del Acuerdo utilizaría “gravosidad” para abarcar los 4 modos de suministro. En la propuesta de Corea, en este sentido, expresó que “no más restrictivo de lo necesario” se refiere al comercio transfronterizo, en tanto que “no más gravoso de lo necesario” se refiere a los procedimientos de licencias⁴⁴³; ya que la terminología “restricción al comercio” suele ser usado en el contexto del comercio de mercancías, en los art. 2.2 del OTC y 5.6 del MSF, así como el art. XX del GATT, sin embargo a pesar de esta diferencia Corea reconoce que la prueba que se aplicaría para determinar su necesidad o gravosidad sería semejante a la de restrictividad.

Un nuevo modelo para la prueba de necesidad en las disciplinas del art. VI:4 basado en la jurisprudencia

En el supuesto de que en las negociaciones del GTRN todos los Miembros aceptaran que el criterio de gravosidad de la medida es semejante al de restrictividad y que el objetivo último del mandato del art. VI:4 b) es la realización de una prueba de necesidad, seguiría existiendo el reto de determinar el alcance último y los elementos aplicables a la prueba de necesidad, entendida como una prueba sobre la restrictividad de las reglamentaciones domésticas en el CIS. Con el objeto de proponer algunos elementos para el modelo de la prueba de necesidad en las nuevas disciplinas sobre reglamentación nacional del AGCS, en este apartado se usa la jurisprudencia elaborada en otros Acuerdos de la OMC⁴⁴⁴. En tanto que se reflexiona sobre los aspectos más discutibles de la prueba en el contexto del art. VI:4 y sus posibles efectos en la política regulatoria de los PED.

Si bien la prueba de necesidad más semejante a la del art. VI:4 se configura en relación al art. 2.2 del Acuerdo OTC y en cierta medida del art. 5.6 del Acuerdo MSF, es reconocido que la interpretación realizada por los órganos resolutorios tiene su origen en el análisis de los arts. XX

⁴⁴⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Necesidad y transparencia de la reglamentación nacional*, Doc. S/WPDR/W/14, 2001, *cit.*, párr. 17.

⁴⁴¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación de la Republica de Corea, La prueba de Necesidad*, Doc. S/WPDR/W/9, 28 de septiembre 2000, párr. 15.

⁴⁴² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada los días 8 y 18 de febrero de 2005*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/29, 11 de julio 2005, párr. 112.

⁴⁴³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación de la Republica de Corea, La prueba de Necesidad*, Doc. S/WPDR/W/9, 2000, *cit.*, párr. 15 y 16. “Estas expresiones sólo difieren en cuanto se aplican a aspectos diferentes del comercio: una se refiere al comercio de mercancías y la otra a los procedimientos de licencias”.

⁴⁴⁴ Se usa como marco de referencia el análisis realizado en el apartado anterior sobre el principio de la proporcionalidad y en particular sobre la Prueba de Necesidad en la OMC.

del GATT y XIV del AGCS. Por ello, algunas de las reflexiones iniciales para la creación de una prueba de necesidad en el GTRN tienen su sustento inicial en la prueba de necesidad de estas disposiciones.

Para determinar si la reglamentación nacional que pudiera constituir un obstáculo al comercio de servicios es “necesaria”, se debe verificar que no sea más restrictiva de lo necesario para cumplir con su objetivo legítimo⁴⁴⁵. Como se ha revisado, las pruebas de necesidad en el marco de la OMC, en términos generales, valoran si la medida regulatoria no restringe indebidamente el comercio en tanto que constituye la medida menos restrictiva al comercio para cumplir con el objetivo legítimo. Los elementos básicos para la elaboración de una prueba de necesidad son la consideración del objetivo legítimo de la medida; el proceso de sopesar y contrastar varios factores para determinar la necesidad de la medida⁴⁴⁶; y la identificación y comparación con una alternativa razonablemente disponible⁴⁴⁷.

En tanto que las nuevas disciplinas del art. VI:4 contengan una prueba de la necesidad respecto de licencias, títulos de aptitud y normas técnicas, “la calidad del servicio” constituiría el objetivo legítimo de la medida, en relación al cual se puede valorar su restrictividad y la posibilidad de sustituirla o no por una medida alternativa. El alcance de este objetivo es discutible por la dimensión de la prueba de necesidad en una disposición de carácter positivo como el art. VI:4 y dado que sería más coherente y menos restrictiva la inclusión de una lista abierta de objetivos legítimos⁴⁴⁸.

El eje principal de la prueba de necesidad está en determinar si existe otra “medida menos restrictiva al comercio”, se requiere que sea la alternativa menos restrictiva disponible para alcanzar el objetivo de política deseado.⁴⁴⁹ Esto conlleva una investigación sobre si, entre los varios

⁴⁴⁵ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, (Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna), Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, 10 de enero de 2001, párr. 157.

⁴⁴⁶ Esta prueba se originó en el asunto *GATT — US Section 337* (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, (Estados Unidos — Artículo 337), Doc. L/6439 - 36S/402, de 16 de enero de 1989, adoptado el 7 de noviembre de 1989, párr. 5.36), y se presentó con mayor claridad en el asunto *Corea — Carne Vacuna* (Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 164) y seguido por una saga de casos y más recientemente en el asunto *UE — Productos derivados de las focas* (Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas* (CE — Productos derivados de las focas), Doc. WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, 22 de mayo de 2014 párr. 5.169 y 5.214). En los acuerdos OTC y SPS también.

⁴⁴⁷ Vid. *GATT — US section 337* (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Artículo 337*, Doc. L/6439 - 36S/402, *cit.*, párr. 5.26; Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 126.

⁴⁴⁸ El análisis del “objetivo legítimo” de la medida se abordó en apartado anterior, en consideración a las particularidades del contenido de art. VI:4 b).

⁴⁴⁹ Vid. *GATT, United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930*, Report by the Panel adopted on 7 November 1989, Doc. L/6439 - 36S/345, 16 January 1990, párrs. 5.25-5.27. Vid. también Informe del Grupo Especial, *Tailandia — Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los*

instrumentos regulatorios capaces de alcanzar el objetivo de política pública perseguido por el Miembro, el instrumento escogido (bajo revisión) es el menos restrictivo para el comercio, a fin de poder cumplir con el específico objetivo de política. Los órganos resolutorios valorarán si la medida alternativa está razonablemente disponible y es menos restrictiva al comercio, en tanto que con ella se pueda obtener el mismo objetivo legítimo que la medida en revisión⁴⁵⁰. En esta valoración, ni el objetivo de política perseguido por el Miembro, ni el nivel de protección determinado por el Miembro se ponen en entredicho o son cuestionados, lo que excluye en principio cualquier prueba relacionada con el equilibrio de costo– beneficio⁴⁵¹, o una prueba de proporcionalidad en *sensu stricto*.

En la comparación de la reglamentación doméstica en cuestión con la medida alternativa, paso al que se llega en la mayoría de las ocasiones para confirmar el examen relacional de los factores (examen de sopesar y confrontar), se valora en general que la alternativa esté “razonablemente disponible”. Esto es que sea menos restrictiva al CI y que haga una contribución equivalente al objetivo legítimo, tomando en consideración el riesgo de no alcanzarlo. El requisito de que la medida alternativa esté “razonablemente disponible” en la prueba de necesidad del art. VI:4 podría incorporar la interpretación del OA en relación al art. XX del GATT y XIV del AGCS, en el sentido que la medida alternativa no cumpliría este requisito si es “solamente de naturaleza teórica” y por ende el demandado no es capaz de realizarla o si la medida impone una carga gravosa al Miembro, como costos excesivos o dificultades técnicas importantes⁴⁵².

cigarrillos, (Tailandia — Cigarrillos), Doc. DS10/R - 37S/222, de 5 de octubre de 1990, adoptado el 7 de noviembre de 1990, párr. 73-75.

⁴⁵⁰ *Vid.* GATT, *United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930*, Doc. L/6439 - 36S/345, 1990, *cit.*, párr. 536. Para ello se considera si el demandado ya ha implementado una medida menos restrictiva al comercio para alcanzar los mismos objetivos que la medida reclamada, *vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 102, 170.

⁴⁵¹ *Vid.* ORTINO, F., "The Principle of Non-Discrimination and its Exceptions in GATS: Selected Legal Issues", King's College, London, 2006, p. 15-16. *Vid.* también MATTOO, A. Y MAVROIDIS, P. C., "Trade, Environment and the WTO: The Dispute Settlement Practice Relating to Article XX of GATT", en PETERSMANN, E.-U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, London, Kluwer Law International, 1997, pp. 325-343, p. 338; OSIRO, D. A., "GATT/WTO Necessity Analysis: Evolutionary Interpretation and its Impact on the Autonomy of Domestic Regulation", *Legal issues of economic integration*, vol. 29, no. 2, 2002, pp. 123–141, p. 137 ss.; ORTINO, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, *Studies in international trade law*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

⁴⁵² *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 308. Ver también el análisis del apartado sobre la prueba de necesidad en el art. XIV de AGCS. En tanto en el asunto *Corea — Carne Vacuna* en este caso si bien se consideró la cuestión de un mayor costo de aplicación (“enforcement”) de la medida en revisión, no se valoró la relevancia de esta cuestión basado en la distribución no balanceada de los costos de aplicación, *vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 180. *Vid.* también Informe del Órgano de Apelación, *Brasil — Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, (*Brasil — Neumáticos recauchutados*), Doc. WT/DS332/AB/R, 3 de diciembre de 2007, párr. 156.

En el contexto del art. 2.2. del OTC, el OA al valorar las medidas alternativas ha puesto especial énfasis en el requisito de la disponibilidad técnica y económica⁴⁵³, una especificación similar en el contexto del art. VI:4 podría beneficiar a varios PED cuyas capacidades técnicas y económicas para la elaboración y aplicación de las regulaciones son en muchos casos limitadas, también suele darse que las prescripciones y procedimientos no sean factibles de implementarse en algunos sectores de servicios por limitaciones técnicas.

En tanto que en el Acuerdo MSF, en el requisito de que exista otra medida razonablemente disponible, se menciona expresamente que se considere la viabilidad técnica y económica de la misma⁴⁵⁴. Como se ha aludido, este requisito ha sido aplicado por el OSD para valorar la viabilidad real de la medida alternativa considerando las circunstancias específicas y la heterogeneidad de los Miembros. Esta especificidad se podría incorporar en la PN del art. VI:4, instituyéndose como uno de los requisitos de la alternativa menos restrictiva la viabilidad técnica y económica de la medida, también podrían añadirse otros requisitos específicos a ciertos sectores de servicios.

Si bien este concreto requisito podría ser visto como una intromisión en la soberanía regulatoria de los Miembros, al ocuparse el examen de cuestiones de administración pública interna, podría mejor entenderse como una garantía para que prevalezca de ser posible la elección regulatoria del Miembro demandado. Las reglamentaciones domésticas (licencias, títulos de aptitud y normas técnicas), escogidas por los Miembros pero que afectan al comercio de servicios, no serían descartadas por considerarse “innecesarias” y podrían sustituirse con una medida alternativa, que es poco razonable en la práctica.

Si bien la prueba de necesidad se basa en la determinación de la alternativa menos restrictiva para el comercio, se debe determinar que existe un grado suficiente en el que dicha alternativa contribuye a lograr el objetivo legítimo⁴⁵⁵. A partir del asunto *Corea – Carne Vacuna*, se especificó que la necesidad de la medida, en particular la valoración de la medida reclamada y comparación

⁴⁵³ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 321, 322; MARCEAU, G., "The new TBT jurisprudence in US - Clove Cigarettes, WTO US - Tuna II, and US - COOL", *Asian Journal of WTO & International Health Law And Policy*, vol. 8, no. 1, 2013, pp. 1-39, p. 21; ver también Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas* (CE – Productos derivados de las focas), Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, 25 de noviembre de 2013, párr. 7.493.

⁴⁵⁴ Vid. nota al pie 3 del art. 5.6 del Acuerdo MSF. Esto fue considerado para demostrar que existía una alternativa razonablemente disponible en los asuntos *Australia – Salmón* (Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Medidas que Afectan a la Importación de Salmón*, (Australia – Salmón), Doc. WT/DS18/AB/R, 20 de octubre de 1998, párr. 183; Informe del Grupo Especial, *Japón – Medidas que afectan a la importación de manzanas*, (Japón – Manzanas), Doc. WT/DS245/R, 15 de julio de 2003, párr. 8.17; e Informe del Grupo Especial, *India – Medidas relativas a la importación de determinados productos agropecuarios* (India – Productos agropecuarios), Doc. WT/DS430/R, 14 de octubre de 2014, párr. 7.546.

⁴⁵⁵ El OA señaló que si bien la “necesidad” de una medida puede tener diferentes grados, una medida que simplemente contribuye a lograr el objetivos legítimo difícilmente será considerada necesaria, debe existir un nexo o grado de conexión suficientemente fuerte entre la medida y el objetivo legítimo perseguido, *vid.* Informe del Organo de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 161.

entre ésta y la posible medida alternativa, se realiza mediante un proceso en cual se “sopesan y confrontan” varios factores. Se han identificado como principales factores: el grado de contribución de la medida en revisión al logro del objetivo específico; la importancia relativa de los intereses y valores protegidos por la medida; y el grado de restricción al comercio o impacto de la medida en el comercio internacional⁴⁵⁶. Como se ha revisado, a partir de esta interpretación se genera un debate en relación a la pregunta si la prueba de necesidad conllevaría en realidad una prueba de balance de intereses o un mecanismo para determinar si la medida en cuestión es la alternativa menos restrictiva al comercio razonablemente disponible. La posibilidad de que se requiera una prueba de equilibrio entre el comercio y otros valores, como la salud pública o la moral, significaría una importante intrusión en la autonomía regulatoria de los Miembros, lo que algunos autores lo equiparan con una prueba de proporcionalidad *sensu stricto* (según la terminología de la UE)⁴⁵⁷.

Este debate se observó también en relación al AGCS en la interpretación del art. XIV, con la decisión del OA en el asunto *EEUU – Juegos de Azar*⁴⁵⁸. El OA repite que en la determinación de la necesidad se realiza el proceso de “sopesar y confrontar” varios factores y requiere también que haya una “alternativa razonablemente disponible” compatible con la OMC, y que la alternativa debe estar en línea con el adecuado nivel de protección relacionado al objetivo perseguido⁴⁵⁹. Luego agrega que se compara la medida con las posibles medidas alternativas, considerando además la importancia de los intereses en cuestión. De esta forma, al parecer el OA intentó aproximar los elementos que se han ido presentando para determinar la prueba de necesidad.

Como se ha explicado en esta investigación, no existiría una prueba de proporcionalidad en *sensu stricto* en el análisis de la necesidad de las disposiciones de la OMC, lo que tampoco parece preverse del alcance del art. VI:4, por lo que la preocupación de los negociadores del GTRN en este sentido podría disminuir. Se debe tomar en cuenta que el análisis de “sopesar y confrontar” diferentes factores relacionados con la restrictividad de la medida se realiza en relación a la medida impugnada y en comparación con las posibles medidas alternativas, a fin determinar si existe una medida alternativa menos restrictiva y que pueda a la vez cumplir con los objetivos de política específicos relacionados con la medida en cuestión. Por ende, la prueba contenida en el art. VI:4 no sería tampoco una que busque determinar un equilibrio entre los beneficios del libre comercio en relación a las cargas o limitaciones al comercio, sino que el análisis de equilibrio o “balance” o de

⁴⁵⁶ *Ibid.*, párr. 162-164.

⁴⁵⁷ *Vid.* ORTINO, F., "The Principle of Non-Discrimination and its Exceptions in GATS: Selected Legal Issues", *op. cit.*, p. 15-16.

⁴⁵⁸ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*

⁴⁵⁹ *Ibid.*, párr. 305-308.

“costos–beneficios” se realiza entre las posibles medidas limitantes al comercio y en relación a lo que se considera que es necesario para alcanzar la meta regulatoria⁴⁶⁰.

Se trataría de un mecanismo complejo para determinar si la medida bajo revisión es la razonablemente disponible menos restrictiva al comercio, para que el Miembro alcance su objetivo de política pública⁴⁶¹, con una revisión de los instrumentos escogidos para lograr un determinado objetivo y no del objetivo en sí mismo⁴⁶². Si bien los factores mencionados constituirían los elementos a tomarse en cuenta para determinar la existencia o no de una medida alternativa⁴⁶³, como señala ORTINO⁴⁶⁴, a partir del asunto *Corea – Carne vacuna*, se creó una confusión sobre una aparente aplicación de la prueba de costos–beneficios o proporcionalidad en *sensu stricto*. Sería por ende conveniente que en la creación de una prueba de necesidad del art. VI:4 se aclare el proceso de sopesar y confrontar y el alcance de la prueba de necesidad en general.

Fundado en que los factores considerados en el examen de sopesar y confrontar en la prueba de necesidad del art. 2.2 del OTC y 5.6 del OCT son “virtualmente idénticos” a los de la prueba de necesidad en las disposiciones que constituyen una excepción en el art. XX del GATT y XIV del AGCS⁴⁶⁵, se puede afirmar que estos factores son aplicables también a la prueba de necesidad que se desprende del art. VI:4 del AGCS, para determinar si las reglamentaciones domésticas son más restrictivas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio. Se propone en esta investigación la inclusión de algunos elementos de la interpretación realizada por el OSD de estos factores, ya que ello ayudaría a reducir el riesgo que ven algunos de los Miembros del GTRN en incluir una prueba de necesidad. En particular, al percibir que estos conceptos o la falta de claridad de los mismos incidirían en su soberanía regulatoria.

⁴⁶⁰ No incorpora el tipo de análisis de “sopesar y confrontar” encontrado en la jurisprudencia de los EEUU bajo la “*Commerce Clause*”. Vid. por ejemplo LEEBRON, D. W., “Regulatory Discrimination In Domestic United States Law: A Model for the GATS?”, *op. cit.*

⁴⁶¹ Vid. REGAN, D. H., “The meaning of “necessary” in GATT Article XX and GATS Article XIV: the myth of cost-benefit balancing”, *World Trade Review*, vol. 6, no. 3, 2007, pp. 347-369, p. 347.

⁴⁶² Vid. ORTINO, F., “GATT”, en BETHLEHEM, D., MCRAE, D., et al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford University Press, 2009 pp. 129-156.

⁴⁶³ Vid. Informe del Organo de Apelación, *Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, *cit.*, párr. 166; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, *cit.*, párr. 305.

⁴⁶⁴ Vid. ORTINO, F., “GATT”, *op. cit.*, p. 144 ss.

⁴⁶⁵ Vid. MITCHELL, A. D. Y HENCKELS, C., “Variations on a Theme: Comparing the Concept of Necessity in International Investment Law and WTO Law”, *Chicago Journal of International Law*, no. 14, 2013, pp. 93-164, en p. 142; también lo comentado en este sentido por DELIMATIS, P., “Who’s afraid of necessity? And why it matters?”, *op. cit.*, p. 101. El proceso de la prueba de necesidad seguido en los arts. XX del GATT y XIV del AGCS se ha seguido en el marco del OTC. Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (Estados Unidos — Cigarrillos de clavo de olor)*, Doc. WT/DS406/R, 2 de septiembre de 2011, párr. 7.369-7.379; Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/R, WT/DS386/R *cit.*, párr. 7.669-7.670.

Los factores identificados por el OSD como especialmente relevantes en el “análisis relacional” del art. 2.2 del Acuerdo OCT⁴⁶⁶ o proceso de “sopesar y contrastar” en términos del GATT⁴⁶⁷ son el grado de contribución de la medida al logro del objetivo legítimo identificado; el grado de restricción al comercio; y el riesgo y gravedad de las consecuencias de no cumplir con el objetivos. Cabe recordar que este proceso o prueba de equilibrio se completa en la mayoría de los casos con una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas que estén razonablemente al alcance y tomando como referencia los factores arriba mencionados⁴⁶⁸.

En el tercer elemento del análisis relacional de la prueba de necesidad del art. 2.2 del OTC, que es “el riesgo que el no cumplimiento del objetivo relevante podría crear”, estaría implícito el factor de la importancia relativa del objetivo legítimo según la terminología de la jurisprudencia del art. XX del GATT. Además, como se ha aclarado anteriormente, este requisito no constituiría una prueba de proporcionalidad en sentido estricto, sino que debe ser entendido como una especificación de uno de los factores a ser valorados para determinar la necesidad de la medida en cuestión⁴⁶⁹. Al constituir uno de los factores en el proceso de sopesar y contrastar y no un requisito adicional en el Miembro demandado, no debería leerse como “*an additional enquiry into the proportionality of the measure*”⁴⁷⁰.

En relación al Acuerdo MSF se ha explicado en esta investigación que el requisito del art. 5.6 que la medida sanitaria o fitosanitaria sea “no más restrictiva de lo requerido para alcanzar su apropiado nivel de protección...” es entendido como una prueba de necesidad, especialmente en base a la interpretación de la nota al pie del artículo⁴⁷¹ y a la interpretación realizada por los

⁴⁶⁶ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 318-319.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, párr. 302, 314-322. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párr. 374. Cabe recordar que el OA debe identificar primero el objetivo que trata de alcanzar un Miembro con el reglamento técnico, luego determinar si el objetivo es legítimo. A partir de allí, pasa determinar si el reglamento técnico restringe al comercio más de lo necesario (prueba de necesidad) mediante la evolución de los varios factores señalados. Vid. también en Informe del Grupo Especial, *CE — Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*, párr. 7.355-7.356, el GE adoptó la misma manera de evaluar una reclamación en virtud del art. 2.2 y en particular los factores a tomar en consideración. Si bien la conclusión del GE en relación al art. 2.2. fue dejada sin efecto por el OA.

⁴⁶⁸ Vid. el apartado “la necesidad del reglamento técnico de cumplir con el objetivo legítimo”

⁴⁶⁹ Vid. la explicación del factor “el riesgo de no alcanzar un objetivo legítimo” del apartado sobre la Prueba de Necesidad y el OTC. Especialmente vid. ORTINO, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, *op. cit.*, p. 467-468.

⁴⁷⁰ Vid. ORTINO, F., “From ‘Non-Discrimination’ to ‘Reasonableness’: A Paradigm Shift in International Economic Law?”, en WOELK, J. (ed.), *Globalization, Technologies and Legal Revolution*, Bolzano, Nomos Verlagsgesellschaft, 2012, pp. 13-60, en p. 45. El otro argumento viene del reconocimiento expreso del preámbulo del Acuerdo OTC que reconoce expresamente el derecho de determinar su nivel apropiado de protección (de la salud y la vida humana y animal, protección del medio ambiente).

⁴⁷¹ Que especifica que una medida no es más restrictiva al comercio a menos que exista otra medida razonablemente disponible tomando en cuenta su viabilidad técnica y económica, que con dicha medida se alcance el apropiado nivel de protección sanitaria u fitosanitaria y que sea significativamente menos restrictiva al comercio que la medida impugnada. Este análisis se aplicó en Informe del Grupo Especial,

órganos resolutorios. Los elementos de esta prueba de necesidad son que exista una medida alternativa razonablemente disponible (tomando en cuenta su viabilidad técnica y económica); que con dicha medida se alcance el apropiado nivel de protección sanitaria y fitosanitaria; y que sea significativamente menos restrictiva al comercio que la medida impugnada.

La interpretación de la nota al pie del art. 5.6 es también muy parecida a lo desarrollado sobre el principio de necesidad en el art. XX. La diferencia significativa con el análisis del art. XX del GATT es que en el Acuerdo MSF se introduce un requisito de mínimos, ya que la medida alternativa debe ser *significativamente* menos restrictiva al comercio. Asimismo, se ha comentado que en consideración del *wording* similar del art. 5.6 con el art. 2.2 del OTC se debe entender que los elementos de las pruebas son similares⁴⁷², sin embargo la jurisprudencia reciente parece establecer una diferencia esencial, en el sentido que el proceso de sopesar y contrastar solamente se da en relación al último elemento de la prueba, que la medida alternativa sea significativamente menos restrictiva al comercio que la medida impugnada⁴⁷³.

En relación al “grado de contribución de la medida al logro del objetivo legítimo”, dos aspectos son especialmente relevantes para la construcción de la PN del art. VI:4. El primero es que la contribución debe ser efectiva⁴⁷⁴ y que la referencia al “grado” de la contribución se entiende que es suficiente que sea en “cierta medida”, o que en todo caso, no hace referencia a un grado específico de contribución⁴⁷⁵. Lo que puede entenderse como una mayor referencia a la soberanía regulatoria de los Miembros. Nuevamente este enfoque parece ser el más acertado para la creación de la PN. El uso de esta flexibilidad es bastante evidente en una disposición en la que se establece una obligación, a diferencia de la mayor exigencia que se impone en las disposiciones de excepción como el art. XX del GATT y art. XIV del AGCS, en los cuales se ha interpretado que el grado de contribución de la medida al logro del objetivo debe ser “significante” para que se configure la excepción sustentada en el requisito de la necesidad.

Australia — Medidas que Afectan a la Importación de Salmón, (Australia — Salmón), Doc. WT/DS18/R, 12 de junio de 1998, párr. 8.167; Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Salmón*, Doc. WT/DS18/AB/R, *cit.*, párr. 194.

⁴⁷² Vid. DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *Journal of International Economic Law*, vol. 4, no. 3, 2001, pp. 441-480, p. 459.

⁴⁷³ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia*, (Australia — Manzanas), Doc. WT/DS367/AB/R, 29 de noviembre de 2010, párr. 337.

⁴⁷⁴ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 318; Informe del Grupo Especial, *CE — Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*, párr. 7.441.

⁴⁷⁵ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 329-330, 341 e Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párr. 466, 468-479

El grado de restricción al comercio, que es entendido como que la medida tiene un “efecto limitador” en el CI⁴⁷⁶, implica también que existe cierto grado de restrictividad que es permitido, ya que el art. 2.2. del Acuerdo OTC se ocupa de los obstáculos al CI que son innecesarios⁴⁷⁷. El art. 5.6 del Acuerdo MSF también permite cierto grado de restrictividad ya que señala en su nota al pie 3 que la medida alternativa debe ser “significativamente menos restrictiva al comercio”. Esta diferencia comporta que el reclamante en el Acuerdo MSF tendrá que probar que la medida alternativa conlleva un grado de restricción al comercio que es significativamente menos restrictivo. Por lo que la necesidad de la medida sanitaria escogida inicialmente por el Miembro será presumiblemente considerada como necesaria con mayor facilidad, en tanto que una medida alternativa aun siendo menos restrictiva al comercio que la medida reclamando debe ser “significativa” para que la sustituya⁴⁷⁸.

Al valorar el grado de restricción en la PN del art. VI:4, que tiene como objetivo asegurar que las licencias, títulos de aptitud y normas técnicas “no constituyan obstáculos innecesarios al CIS”, se deberá también entender este factor con criterios de relatividad. Sería incluso más apropiado un mayor acercamiento a la interpretación desarrollada en el marco del Acuerdo MSF, donde en la comparación entre la medida impugnada y la medida en cuestión el requisito es que la medida alternativa sea “significativamente menos restrictiva al comercio” para que pueda ser sustitutivo de la medida impugnada. De esta forma se limitaría menos la autonomía regulatoria, ya que para que la medida fuera más gravosa de lo necesario en el caso del art. VI:4 se requeriría que la medida alternativa cumpla los mismo objetivos que la reglamentación nacional impuesta por el demandado y además obstaculice en mucho mayor medida al CIS. Las dificultades pueden surgir en la determinación de “significativo”, en tanto que la jurisprudencia en relación al Acuerdo de MSF ha sido limitada y ha tendido a interpretarla en el sentido que la medida alternativa “permita un incremento significativo en el acceso al mercado”⁴⁷⁹, sin embargo esta valoración en el sector de los servicios es más difícil de establecer.

⁴⁷⁶ Ver recientemente Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/R, WT/DS386/R *cit.*, párr. 7.574 ss.; Informe del Grupo Especial, *CE — Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, *cit.*, párr. 7.427.

⁴⁷⁷ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, *cit.*, párr. 318-320; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, *cit.*, párr. 375.

⁴⁷⁸ La “significativamente” menor restrictividad ha sido interpretada como una valoración si la medida podría conducir a un incremento significativo en el acceso al mercado, *vid.* Informe del Grupo Especial, *Australia — Medidas que Afectan a la Importación de Salmón — Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Canadá*, (*Australia — Salmón* (párr. 5 del art. 21 – Canadá)), Doc. WT/DS18/RW, 18 de febrero de 2000, párr. 7.151.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, párr. 7.151. *Vid.* también Informe del Grupo Especial, *Australia — Salmón*, Doc. WT/DS18/R, *cit.*, párr. 8.182; Informe del Grupo Especial, *India — Productos agropecuarios*, Doc. WT/DS430/R, *cit.*, párr. 7.590. El GE señaló en estos casos que cualquier medida que imponga alguna condición a la importación, aunque sea rigurosa, sería significativamente menos restrictiva al comercio que una prohibición total.

El factor de tener en cuenta el riesgo que crearía no cumplir con el objetivo de la medida se realiza atendiendo la naturaleza del riesgo en cuestión y la gravedad de las consecuencias que se derivan de no alcanzar el objetivo⁴⁸⁰. La especificidad del sector de los servicios nuevamente conllevaría cierta dificultad en determinar el riesgo de no cumplir con el objetivo de la calidad del servicio u otros objetivos señalados, la evaluación del riesgo basado en consideraciones técnicas es compleja y no alcanza a las posibles consecuencias colaterales en la creación de reglamentaciones nacionales en sectores más sensibles como la salud, servicios ambientales, culturales entre otros. Como se ha señalado, en esta consideración del riesgo estaría implícito el factor de “la importancia relativa de los intereses y valores en juego”, aplicado en relación al art. XX del GATT y art. XIV del AGCS. Al realizar una adecuada valoración del riesgo de no cumplir con el objetivo de la medida, se reconoce en gran medida que el derecho que tienen los Miembros a determinar su nivel de protección apropiado para el logro de sus objetivos constituye un principio fundamental. Este requisito de la prueba de necesidad aplicada en relación al art. VI:4 formaría que la prueba sea “menos rígida”, si se señala este requisito explícitamente en la prueba implicaría darle una importancia elevada al objetivo legítimo que persigue la medida en revisión, salvaguardando mejor la capacidad de los Miembros de determinar su propio nivel de protección, según el preámbulo del AGCS, y dando un mayor margen de discrecionalidad a los órganos resolutorios en la determinación de la necesidad de la reglamentación doméstica⁴⁸¹.

La carga de probar que la medida en controversia no satisface el requisito de necesidad varía según se trate de una disposición por la que se establece una obligación que contiene una prueba de necesidad y en el caso de disposiciones de excepción⁴⁸². En el primer caso la carga de la prueba recae en el reclamante, quien deberá demostrar que la medida es “más restrictiva o más gravosa de lo necesario”⁴⁸³. En tanto que en las de disposiciones de excepción, es la parte que invoca esa excepción (el demandado) la que ha de probar que la medida, aunque incumpla una obligación, está justificada en virtud de la excepción y satisface el requisito de necesidad previsto en esa disposición⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Atún II*, Doc. WT/DS381/AB/R, cit., párr. 321; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — EPO*, Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, cit., párr. 377; Informe del Grupo Especial, *CE — Productos derivados de las focas*, Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, cit., párr. 7.464.

⁴⁸¹ Ver en este sentido en relación al factor de “no alcanzar un objetivo legítimo” en el OTC lo revisado en el apartado xx P 158... Vid. en particular ORTINO, F., "From 'Non-Discrimination' to 'Reasonableness': A Paradigm Shift in International Economic Law?", *op. cit.*, p. 45; DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *op. cit.*, p. 459.

⁴⁸² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Las Pruebas de Necesidad en la OMC*, Doc. S/WPDR/W/27/Add.1, 2011, cit., párr. 6.

⁴⁸³ *Ibid.*, párr. 7; WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", *op. cit.*, p. 247; DJORDJEVIC, M., "Domestic regulation and free trade in services - A balancing act", *op. cit.*, p. 319.

⁴⁸⁴ Vid. En la disputa Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/AB/R, cit., párr. 309-311; Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Pautas para la*

B. Aplicación provisional y limitada del art. VI:4: Art. VI:5

Antes de que las disciplinas específicas sobre reglamentación nacional a desarrollarse en virtud del art. VI:4 entren en vigor, el art. VI:5⁴⁸⁵ contempla la supervisión de las regulaciones domésticas en sectores en los que los Miembros han asumido compromisos específicos. Mediante esta obligación provisional y de carácter temporal⁴⁸⁶, los principales principios del art. VI:4 son aplicados a fin de que las medidas en cuestión no anulen o menoscaben los nuevos compromisos⁴⁸⁷. El objetivo es que los Miembros se abstengan de introducir medidas que no respeten el contenido del art. VI:4 en relación a todos los sectores donde se hayan adoptado compromisos específicos, para poder mantener el valor de dichos compromisos⁴⁸⁸.

La disposición contiene en el párrafo a) una prueba detallada respecto a las prescripciones en materia de licencias y títulos de aptitud y normas técnicas (se entiende que cubre también los procedimientos en materia de licencias y títulos de aptitud⁴⁸⁹). Los elementos de esta prueba serán usados por los órganos jurisdiccionales para determinar si se están menoscabando o violando los compromisos de servicios.

gasolina reformulada y convencional, (Estados Unidos – Gasolina), Doc. WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996.

⁴⁸⁵ El art. V:5 dispone: a) En los sectores en que un Miembro haya contraído compromisos específicos, dicho Miembro, hasta la entrada en vigor de las disciplinas que se elaboren para esos sectores en virtud del párrafo 4, no aplicará prescripciones en materia de licencias y títulos de aptitud ni normas técnicas que anulen o menoscaben dichos compromisos específicos de un modo que: i) no se ajuste a los criterios expuestos en los apartados a), b) o c) del párrafo 4; ii) no pudiera razonablemente haberse esperado de ese Miembro en el momento en que contrajo los compromisos específicos respecto de dichos sectores. b) Al determinar si un Miembro cumple la obligación dimanante del apartado a) del presente párrafo, se tendrán en cuenta las normas internacionales de las organizaciones internacionales competentes que aplique ese Miembro.

⁴⁸⁶ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 3 de diciembre de 2003*, Doc. S/WPDR/M/24, 22 de enero 2004, párr 7. La Secretaría informó en base a la revisión de las negociaciones de la RU que el art. VI:5 se había concebido básicamente como solución temporal.

⁴⁸⁷ *Vid.* KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 152; DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁸⁸ Uno de los principales objetivos del art. VI es asegurar el valor de los compromisos en servicios. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 3 de diciembre de 2003*, Doc. S/WPDR/M/24, 2004, *cit.*, párr. 7.

⁴⁸⁹ Si bien no están mencionados expresamente en el art. VI:5. Según DELIMATIS los Miembros omitieron de forma no intencionada los procedimientos en materia de licencias y títulos de aptitud. *Vid.* DELIMATIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 39. Se basa en la historia de las negociaciones de la Ronda Uruguay, ya que los Miembros buscaban con el art. VI:5 operacionalizar provisionalmente el art. VI:4. También en que el art. VI:5 hace también referencia al art. VI:4 c), que se ocupa exclusivamente de los procedimientos de licencia. DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 118.

Como señala TRACHTMAN para que se aplique esta disciplina se deben cumplir dos criterios según el art. VI:5 a)⁴⁹⁰:

1. Las prescripciones en materia de licencias y títulos de aptitud y normas técnicas anulen o menoscaben los compromisos específicos del Miembro, en una manera que no pudiera haberse esperado razonablemente en el momento en que se contrajo el compromiso.
2. Las medidas no cumplan con los requisitos del art. VI:4, en tanto que:
 - a. No estarán basadas en criterios objetivos y transparentes
 - b. Serán más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicios
 - c. En el caso de procedimientos de licencias constituirán en sí misma una restricción al suministro del servicio.

Cabe resaltar que uno de los elementos de esta prueba es también el requerimiento de que la medida o prescripción no sea más gravosa de lo necesario para asegurar la calidad del servicio⁴⁹¹, por lo que incorporaría también la aplicación de una prueba de necesidad en relación al art. VI:4. Sin embargo, como se explicará en este apartado, esta disciplina resulta bastante débil en su aplicación por las condiciones del párr. a) ii).

Adicionalmente, el art. VI:5 b) señala que para determinar si un Miembro cumple con esta obligación –es decir de no anular o menoscabar los compromisos específicos realizados, mediante la aplicación de reglamentaciones nacionales que constituyan obstáculos innecesarios– se tendrán en cuenta las normas internacionales de las organizaciones internacionales competentes⁴⁹².

La disposición tiene esencialmente un alcance limitado, primero porque se aplica solamente a sectores donde se hayan realizado compromisos específicos y segundo porque solo se aplica a reclamaciones de “anulación o menoscabo” de un compromiso en un sector específico. El contenido de la disposición resulta también bastante débil, ya que, de conformidad con uno de los elementos de la prueba establecidos en el art. VI:5, los Miembros violan este precepto en tanto que las medidas en cuestión anulen o menoscaben los compromisos realizados, de un modo que “no pudiera razonablemente haberse esperado de ese Miembro al momento en que contrajo el compromiso específico”⁴⁹³. El requisito de las expectativas razonables implicaría entonces que las regulaciones que existían antes de la entrada en vigor del GATS estarían exceptuadas de la

⁴⁹⁰ *Vid.* TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", *op. cit.*

⁴⁹¹ De conformidad con el inciso VI:5 a) i), ya que indica que no se aplicarán medidas que no se ajusten a los criterios del art. VI:4 a) b) c). Como se ha revisado, el criterio del art. VI:4 b) hace referencia al requisito de que la medida no sea más gravosa de lo necesario.

⁴⁹² La nota 3 del art. VI: 5 señala que por “organismos internacionales competentes” se entienden los organismos internacionales de los que puedan ser miembros los organismos competentes de por lo menos dos de los Miembros de la OMC.

⁴⁹³ *Vid.* art. VI:5 a) ii).

aplicación del art. VI:5⁴⁹⁴, en tanto que cubrirían potencialmente las medidas creadas luego de la entrada en vigor del Acuerdo. En este sentido, los PED podrían estar en una desventaja con los PD, ya que su regulación suele ser menor o menos detallada y ellos tienen igualmente que cumplir con la disposición del art. VI:4 en relación a las nuevas medidas que tengan que implementar en relación a sus compromisos⁴⁹⁵. Sin embargo, también se ha señalado que dada la dificultad de que se cumpla con el requisito de las “expectativas razonables, es incluso probable que el conjunto de la disposición sea inaplicable”⁴⁹⁶.

Adicionalmente, DELIMATSIS considera que lo que disciplina el art. VI:5 se refiere a la manera en que se aplican los requisitos y procedimientos de licencias así como las normas técnicas y no la reglamentación nacional *per se*⁴⁹⁷. Sin embargo, se considera que esta limitación respecto del alcance de la disciplina es imprecisa, ya que el término “aplicar” del art. VI:5 a) en la siguiente frase – “...hasta la entrada en vigor de las disciplinas que se elaboren para esos sectores en virtud del párrafo 4, [el Miembro] no aplicará prescripciones en materia de licencias, títulos de aptitud o normas técnicas que anulen o menoscaben dichos compromisos...” – pareciera indicar que el Miembro no “empleara o utilizara” las medidas regulatorias que cumplan las características mencionadas y no constituiría una limitación del alcance del art. VI:5 a los aspectos formales de la medida. Entiendo que, el alcance del art. VI:5 es más general, alcanzando al contenido sustantivo de las reglamentaciones nacionales y tendría por ende mayor similitud con el objetivo del art. VI:4, que es que las medidas en cuestión no constituyan barreras innecesarias al CIS⁴⁹⁸. Esto es a la vez compatible con la naturaleza del art. VI:5, que es una disposición de naturaleza transitoria o

⁴⁹⁴ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Párrafo 4 del artículo VI del AGCS: Disciplinas en materia de reglamentación nacional para todos los servicios*, Doc. S/C/W/96, 1999, cit., OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 1º de julio de 2003*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/22, 22 de septiembre 2003, párr. 16. Ver también DELIMATSIS, P., "Don't Gamble with GATS - The Interaction between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the US - Gambling Case", *op. cit.*, Delimatsis hace referencia al al caso Japón Películas, el GE apunto que existe una presunción de que las medida que entraron en vigor luego de la conclusión de las negociaciones existía una presunción de que no podrían haber sido razonablemente esperadas, y entonces corresponde al demandado el refutar estar presunción. Vid. Informe del Grupo Especial, *Japón — Películas*, Doc. WT/DS44/R, cit., párr. 10.79-10.80.

⁴⁹⁵ Para un argumento similar vid. ABUGATTAS MAJLUF, L., "Domestic Regulation and the GATS: challenges for developing countries", UNCTAD, Final Draft, Geneva, 2006, p.15.

⁴⁹⁶ Vid. FEKETEKUTY, G., "Regulatory Reform and Trade Liberalization in Services (Chapter 9)", *op. cit.*.

⁴⁹⁷ Vid. DELIMATSIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 40. Resalta que el art. VI:5 a) prescribe que “En los sectores en que un Miembro haya contraído compromisos específicos, dicho Miembro, hasta la entrada en vigor de las disciplinas que se elaboren para esos sectores en virtud del párrafo 4, *no aplicará* prescripciones en materia de licencias y títulos de aptitud ni normas técnicas que anulen o menoscaben dichos compromisos específicos de un modo que...” [énfasis añadido].

⁴⁹⁸ Vid. Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Juegos de azar*, Doc. WT/DS285/R, cit., párr. 6.303. En un documento de la Secretaría sobre el contenido de la prueba de necesidad en la OMC se resaltó que el art. VI:5 hace remisión al art. VI:4 “incluida la prescripción *relativa a la necesidad* que figura en el apartado b) de este párrafo”, vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Las Pruebas de Necesidad en la OMC*, Doc. Doc. S/WPDR/W/27, 2 de diciembre 2003, párr. 9.

provisional a la adopción de las nuevas disciplinas y en particular su referencia a la prueba de necesidad⁴⁹⁹.

El requisito de anulación o menoscabo de los compromisos específicos implica que no se puede basar una reclamación de violación del art. VI:5 fundada solamente en el incumplimiento de los requerimientos mencionados en el art. VI:5 a), que son los requisitos del art. VI:4 a), b) y c), sino que también se debe mostrar que hay un compromiso específico que está siendo anulado o menoscabado mediante una reglamentación nacional (o regulación doméstica) que no cumple con dichos requerimientos⁵⁰⁰.

En este sentido, el estándar de anulación y menoscabo en el marco de la OMC tiene un supuesto específico aunque infrecuente en la práctica⁵⁰¹, conocido como “*non-violation complaint*” o “anulación o menoscabo sin violación”, supuesto que, como se verá más adelante parece estar incorporado en el art. VI:5 respecto de los compromisos específicos del Miembro. Las reclamaciones de “*non-violation complaint*” o reclamaciones no basadas en un incumplimiento de los Acuerdos de la OMC en el art. XXIII del GATT incluyen, dentro de las causas de acción frente al sistema de solución de diferencias del GATT, que una parte contratante reclama que ha sufrido una anulación o menoscabo de las ventajas del Acuerdo, no solamente por el incumplimiento de una de las obligaciones del derecho de la OMC, sino que también puede ser a consecuencia de “...b) que otra parte contratante aplique una medida contraria o no a las disposiciones del presente acuerdo...”⁵⁰². Se requiere que el reclamado haya aplicado una medida, con independencia de su compatibilidad con el Acuerdo de la OMC. En este caso la carga de probar que la medida aplicada ha causado una anulación o menoscabo corresponde al reclamante⁵⁰³.

⁴⁹⁹ En un documento de la Secretaría sobre el contenido de la prueba de necesidad en la OMC se resaltó que el art. VI:5 hace remisión al art. VI:4 “incluida la prescripción *relativa a la necesidad* que figura en el apartado b) de este párrafo”, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Las Pruebas de Necesidad en la OMC*, Doc. Doc. S/WPDR/W/27, 2003, *cit.*, párr. 9.

⁵⁰⁰ *Vid.* KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 153.

⁵⁰¹ Los órganos de solución de diferencia de la OMC han resuelto este tipo de disputas con precaución. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Japón — Películas*, Doc. WT/DS44/R, *cit.*, párr 10.33 -10.367 e Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, (CE — Amianto), Doc. WT/DS135/R/AB, 11 de marzo de 2001, párr. 182-196.

⁵⁰² El párr. 3 del art. XXII del AGCS establece una regulación propia para este tipo de reclamaciones más detalladas: “Si un Miembro considera que una ventaja cuya obtención podía razonablemente haber esperado en virtud de un compromiso específico contraído por otro Miembro en el marco de la parte III del presente Acuerdo se halla anulada o menoscabada a consecuencia de la aplicación de una medida que no está reñida con las disposiciones del presente acuerdo, podrá recurrir al ESD.” El art. 3.1 del ESD también aclara que se puede presentar una reclamación basada en la “anulación o menoscabo”, dispone: “los Miembros afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento.”

⁵⁰³ En virtud del art. 3.8 del ESD, en el caso de un incumplimiento de una obligación asumida bajo uno o más acuerdos cubiertos por el ESD, la anulación o menoscabo se presume *prima facie*, por lo que la

Un elemento esencial para que se cumpla con una *non-violation complaint* es que la acción del demandado no pudo ser razonablemente prevista por el reclamante⁵⁰⁴. Es indispensable que la parte reclamante “hubiese madurado unas expectativas razonables sobre la base de los compromisos realizados por la parte demandada en el GATT y que sucesivamente y de forma imprevisible la parte demandada aplique una medida que incluso estando en conformidad con el contenido del Acuerdo podría frustrar esas legítimas expectativas del reclamante⁵⁰⁵ o minar el balance de las concesiones realizadas entre los Miembros⁵⁰⁶. El art. VI:5 del AGCS incorpora este elemento de la *non-violation complaint*⁵⁰⁷, al señalar que no se aplicarán reglamentaciones que menoscaben o anulen los compromisos y añade como requisito que la acción del Miembro no pudiera razonablemente haberse esperado. Como se ha señalado, la disposición tiene como objetivo asegurar el valor de los compromisos específicos asumidos por los Miembros, operacionalizando provisionalmente los objetivos del art. VI:4. La formulación de la disciplina, usando los criterios de una *non-violation complaint* como requisito para su aplicación, manifiesta presumiblemente la prioridad de los Miembros en resguardar el *statu quo* de sus regulaciones nacionales en el sector de los servicios y la dificultad que tuvieron en las negociaciones de la RU para alcanzar una disciplina más exigente.

En este supuesto, al igual que en el contexto del GATT, la parte reclamante debe demostrar que la medida en cuestión no era razonablemente esperada en el momento en que se contrajeron los compromisos específicos en dicho sector⁵⁰⁸, incorporando así el requisito de las “expectativas

carga de la prueba de rebatir la existencia de éstas recae en el demandado, *vid.* por ejemplo Informe del Órgano de Apelación, *CE — Hormonas (Canadá)*, Doc. WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, *cit.*, párr. 98.

⁵⁰⁴ *Vid.* GATT, Working Party Report, GATT/CP.4/39, adopted 3 April 1950, *The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate*, (Australia — Ammonium Sulphate), Doc. BISD II/188, 31 March 1950. Como señala FERNÁNDEZ PONS, en este caso y en la mayoría de reclamaciones de *non-violation complaints* bajo el GATT de 1947 “se refieren a casos en que, luego de otorgarse una concesión arancelaria, se introducía o modificaba una subvención interna, que a pesar de ser compatible con el GATT trastornaba la competitividad del producto en cuestión”, *vid.* FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho Internacional: Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional General*, *op. cit.*, p. 296. El caso Japón – Películas fue el primero en el marco de la OMC que se resolvió una reclamación de *non-violation complaint*. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Japón — Películas*, Doc. WT/DS44/R, *cit.*

⁵⁰⁵ Para un análisis de las *non-violation complaint* o reclamaciones “no basadas en una infracción” *vid.* FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho Internacional: Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional General*, *op. cit.*, pp. 294 ss., 296. En particular con su vinculación con los principios generales sobre las responsabilidades internacionales, especialmente con el principio de buena fe como fundamento de las acciones por anulación o menoscabo sin infracción de las disposiciones, *vid.* también PETERSMANN, E.-U., “Violation-Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 34, 1991, pp. 175-229.

⁵⁰⁶ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *India — Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, (India — Patentes (Estados Unidos)), Doc. WT/DS50/AB/R, 19 de diciembre de 1997, párr. 41.

⁵⁰⁷ *Vid.* TRACHTMAN, J. P., “Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation”, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁰⁸ En el Caso *Japón — Películas*, el GE determinó si Estados Unidos tenía la “legítima expectativa” de beneficios comerciales luego de las sucesivas rondas de negociaciones arancelarias. Estados Unidos como

razonables” o “*reasonable expectations*”, doctrina legal que sin embargo, como ha sido señalado por ARKELL, no está expresamente definida en el marco de la OMC⁵⁰⁹. Un elemento crucial es determinar cuál es el beneficio que los Miembros podrían razonablemente esperar en base a los compromisos, se podría argumentar que la aplicación de ciertas medidas podría tener efectos similares que las restricciones de AM del art. XVI, como por ejemplo acuerdos de licencia exclusiva. Si un Miembro realiza compromisos “plenos” de AM en un sector en particular, pero en la práctica solo otorga una licencia para el suministro del servicio, se podría ver un caso de anulación o menoscabo de acuerdo al art. XXIII:3 del AGCS de una razonable expectativa basada en un compromiso total de AM⁵¹⁰. En el caso del art. VI:5 se tendría que demostrar, por ejemplo, que un nuevo procedimiento para el otorgamiento de una licencia para servicios de construcción es más gravoso de lo necesario para asegurar la calidad del servicio. Adicionalmente, el reclamante deberá demostrar que tenía la expectativa razonable en virtud de los compromisos de AM realizado por el Miembro demandado de que se le otorgara la licencia de suministro de servicios.

La aplicación de esta doctrina trae como consecuencia que el marco regulatorio nacional que va más allá de las concesiones comerciales esté resguardado, al igual que las regulaciones establecidas previamente a estas concesiones. En el caso de las regulaciones domésticas en el sector de los servicios en relación a las que no se han realizado compromisos por los Miembros y las regulaciones preexistentes a los compromisos estarán también protegidas y no podrían revisarse bajo el art. VI:5. Esto trae como consecuencia que los Miembros al momento de negociar y realizar sus compromisos deben ser conscientes de las medidas existentes y que no tienen previsto modificar y que pudieran anular o menoscabar los beneficios derivados de los nuevos compromisos. En todo caso, el Miembro tendría que incorporar el fin de dichas medidas como parte de las negociaciones. Esto en la práctica se convierte en una limitación adicional para los PED dentro del proceso de negociaciones, ya que cuentan normalmente con limitada experiencia de negociación y acceso restringido a las prácticas regulatorias de los otros Miembros.

reclamante tuvo la carga de la prueba de dichas expectativas legítimas. Para ello fue necesario demostrar que las medidas Japonesas en cuestión no “podrían haberse previsto razonablemente en el momento de la concesión”. Ya que la medida en cuestión fue adoptada luego de la relevante concesión arancelaria, el GE estableció una presunción, rebatible por Japón, que los EEUU podían no haber razonablemente anticipado la medida. *Vid.* Informe del Grupo Especial, *Japón — Películas*, *Doc.* WT/DS44/R, *cit.*, párr. 10.61.

⁵⁰⁹ *Vid.* ARKELL, J., "GATS and Domestic Regulation Disciplines and Sustainable Development: Principles and Operational Concepts: The Challenges", ICTSD, Draft, Round Table on GATS and Domestic Regulation Disciplines, 26 June, Geneva, 2006, p. 11. Sobre el concepto de “*reasonable or legitimate expectation*” en los casos de *non-violation complaint* revisar WTO, LEGAL AFFAIRS DIVISION, *WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice*, 3rd ed., 2 vols., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

⁵¹⁰ *Vid.* KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 118. En el caso del art. XXIII:3 del AGCS no se requiere a los Miembros retirar la medida en cuestión, sino que el OA recomendará una solución mutuamente satisfactoria, que suele referirse a una compensación.

El art. VI: 5 a) en relación al requisito de las “expectativas razonables” da un elemento de referencia para determinar si el Miembro afectado podría razonablemente haber esperado que la aplicación de la medida pudiera anular o menoscabar los compromisos específicos. Para ello señala que se debe considerar “el momento en que [el Miembro demandado] contrajo los compromisos específicos respecto de dichos sectores”. Sin embargo, no se ha aclarado a qué momento específico se refiere la disposición. En las negociaciones del GTRN, a propuesta de Singapur⁵¹¹, se consideró el alcance del art. VI:5 a ii), en particular a que hace referencia el “momento en que se contrajeron los compromisos específicos”. En particular, se planteó si éste se refería al momento en que se asumieron los compromisos, a la conclusión de las negociaciones o al momento de la entrada en vigor de los mismos. Al parecer, los Miembros estaban de acuerdo en que “el momento” debía ser como mínimo el de la conclusión de las negociaciones de la RU⁵¹². Por lo que el art. VI:5 se aplicaría en relación a las reglamentaciones nacionales en cuestión que fueron adoptadas luego de la entrada en vigor del AGCS⁵¹³. Considero adicionalmente que, en el caso de nuevos Miembros y nuevos compromisos en servicios, “el momento” será a partir de la conclusión de las negociaciones de dichos nuevos compromisos.

Cabe considerar acertado el argumento de TRACHTMAN que el art. VI:5 impone un requisito de anulación y menoscabo, el cual que forma parte de la prohibición establecida en esta disposición. Es decir, la prohibición de que un Miembro aplique prescripciones y procedimientos en materia de licencias, títulos de aptitud y normas técnicas que no se ajusten a los criterios del art. VI: 4 b). A este requerimiento principal se añade el requisito de que la aplicación de la medida haya causado una anulación y menoscabo de los compromisos.

En el caso de un reclamación por anulación o menoscabo (por ejemplo del art. XXII:3 del AGCS) no se requiere que el Miembro haya violado una obligación específica del AGCS. En cambio, en el art. VI:5 del AGCS para que se configure la violación de la disposición se requiere

⁵¹¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación de Singapur - El párrafo 5 del artículo VI del AGCS y su relación con las futuras disciplinas del párrafo 4 del artículo VI*, Documento informal, Doc. JOB(03)/103, 11 de junio 2003.

⁵¹² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 30 de septiembre de 2003*, Doc. S/WPDR/M/23, 27 de noviembre 2003. Ver la opinión de la representante del Taipéi Chino, que observó que las disposiciones del párrafo 5 del artículo VI podían tener repercusiones en los compromisos consignados en las listas de los Miembros, y en relación a la cuestión de “el momento”, señaló que el período abarcado debería comenzar con la conclusión de las negociaciones, es decir, finales de 1993 en el caso de las negociaciones de la Ronda Uruguay, y en el caso de las negociaciones ampliadas, el momento en que éstas concluyeran. El mismo principio sería aplicable a los Miembros que se hubiesen adherido recientemente, a partir del momento de su adhesión.

⁵¹³ Vid. DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, op. cit., p. 119. Según DELIMATIS, las nuevas medidas, que entraron en vigor luego de enero de 1995, que son más “trade friendly” que las medidas en vigor antes de esa fecha, son igualmente excluidas del alcance del art. VI:5, ya que dichas medidas son presumiblemente acorde a las expectativas razonables de los Miembros y el espíritu del AGCS.

un incumplimiento más una anulación o menoscabo, pues no hay una presunción de anulación o menoscabo⁵¹⁴.

En efecto, un Miembro puede ser reclamado de no haber cumplido con la obligación del art. VI:5 a), en tanto que ha aplicado prescripciones en materia de licencias y títulos de aptitud y normas técnicas que anulen o menoscaben los compromisos específicos. Estas prescripciones no se ajustarían a los criterios de los apartados a), b) o c) del art. VI:4. En principio, si un Miembro incumple con esta obligación habría una presunción *prima facie* de la anulación o menoscabo y el daño causado es irrelevante⁵¹⁵. Es aquí donde el contenido de la disposición complica el entendimiento sobre los requisitos de la acción, exigiendo que exista una anulación y un menoscabo probado unido al requisito de la “expectativa relevante”. Supuesto estos dos últimos, que como se ha señalado, son requisitos de una reclamación “*non-violation complaint*”.

Por consiguiente, en principio será la parte reclamante la que deberá probar la anulación o el menoscabo, junto con los otros elementos de la disposición⁵¹⁶. Se puede concluir que si bien el art. VI:5 incorpora varios elementos del concepto de una “*non-violation complaint*”, constituiría en esencia una obligación que daría origen a una reclamación basada en una violación o incumplimiento de las obligaciones del AGCS⁵¹⁷. Dada la complejidad para cumplir con sus elementos, parece que difícilmente se podrán cuestionar las regulaciones nacionales en el marco del art. VI:5.

En el párrafo b) del art. VI:5⁵¹⁸ se establece la obligación complementaria de considerar las normas internacionales de las organizaciones internacionales competentes⁵¹⁹ al momento de

⁵¹⁴ Vid. TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", *op. cit.*, p. 67.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 67.

⁵¹⁶ Si bien los Miembros no parecen haber terminado de definirlo. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 1º de julio de 2003*, Doc. S/WPDR/M/22, 2003, *cit.*, párr 31. El representante de Hong Kong, China en relación con la cuestión de la carga de la prueba, tomó nota de la aclaración hecha por la Secretaría en la última reunión de que recaía en el reclamante, pues no se habían establecido normas en materia de reglamentación nacional.

⁵¹⁷ Otros argumentos parecidos señalados por DELIMATSIS a favor que el art. VI:5 no sería una “*non-violation complaint*” son esencialmente: Primero que el art. XVIII:3 ya incluye el concepto de anulación y menoscabo semejante al caso del GATT y que no es concebible que los Miembros han creado dos disposiciones de *non-violation complaint* para el AGCS. Segundo que las disposiciones de *non-violation complaint* son de naturaleza procesal, en tanto que el art. VI:5 es de naturaleza sustantiva conteniendo una obligación jurídica clara y al ser sustantiva cualquiera reclamación basada en el será una *violation complain* únicamente. Vid. DELIMATSIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 122-123; DELIMATSIS, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *op. cit.*, p. 31.

⁵¹⁸ El art. VI:5 b) dispone: “Al determinar si un Miembro cumple la obligación dimanante del apartado a) del presente párrafo, se tendrán en cuenta las normas internacionales de las organizaciones internacionales competentes que aplique ese Miembro.

⁵¹⁹ Las organizaciones internacionales que podrán ser consideradas son aquellas “competentes”. Son los organismos internacionales de los que puedan ser Miembros los organismos competentes de por lo menos los organismos competentes de todos los Miembros de la OMC. Es decir que todos los Miembros tengan la

determinar si se cumple con lo estipulado en el párrafo a) de esta misma disposición. Esta previsión es imprecisa y laxa. Señala que las normas técnicas internacionales “se tendrán en cuenta”, lo cual constituye una obligación de mayor esfuerzo para los Miembros y no precisa cuál es la relevancia efectiva de las normas técnicas internacionales. Si bien el contenido de la disposición tiene incorporado el espíritu de disposiciones semejantes desarrolladas en el contexto del Acuerdo OTC y MSF⁵²⁰, en materia de armonización, su contenido es más limitado y menos exigente.

El art. VI:5 no contiene como requerimiento positivo que se obligue a los Miembros a basar su reglamentación nacional en estándares internacionales, ni siquiera requiere que los Miembros tomen en cuenta dichas normas técnicas internacionales o las apliquen cuando estén disponibles. Mucho menos, a diferencia del OTC y SPS, establece una presunción rebatible de que una medida que esté de conformidad con las normas internacionales será considerada como que no restringe innecesariamente al comercio y por ende no crea un obstáculo innecesario al CIS⁵²¹.

La implicancia de esta disposición, en particular para los PED, es entonces solamente la de una referencia de orden internacional para la creación de nuevas reglamentaciones nacionales en servicios, a fin de que valoren el incorporar enfoques regulatorios que sigan estándares basados en una buena gobernanza regulatoria. Podría también significar cierta presión para los PED de considerar la aplicación de normas técnicas internacionales en sus marcos regulatorios, ya que cuando se determine el cumplimiento del art. VI:5 b), éste será presumiblemente un principal elemento a considerar por los órganos resolutorios de la OMC. Por su parte, los PD que ya tienen incorporada la aplicación de las normas técnicas internacionales tendrían una ventaja comparativa. Como señala DELIMATSIS, el art. VI:5 b) constituye un “*safe harbor*” para que aquellos Miembros que usan estándares internacionales en sus procesos regulatorios domésticos puedan mantener estas regulaciones domésticas intactas⁵²². Por otro lado, esta disposición es bastante débil al no prever “una presunción de cumplimiento” de los estándares internacionales.

posibilidad de integrar dicho organismo internacional. DELIMATSIS enumera a algunas organizaciones internacionales que podrían ser competentes, *vid.* DELIMATSIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 214.

⁵²⁰ *Vid.* el art. 2.5 del Acuerdo OTC y el art. 3.2. del Acuerdo MSF. En estos acuerdos se establece el uso de normas técnicas internacionales para determinar la necesidad y razonabilidad de medidas no discriminatorias. Ver también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 3 de diciembre de 2003*, Doc. S/WPDR/M/24, 2004, *cit.*, párr. 7, donde se comentó que el art. VI:5 b se inspiró en estas normas.

⁵²¹ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, *Pertinencia de las disciplinas de los acuerdos sobre obstáculos técnicos al comercio y sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación a los efectos del párrafo 4 del Artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Doc. S/WPPS/W/9, 1996, *cit.*, párr. 22.

⁵²² *Vid.* DELIMATSIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 124.

Por otro lado el art. VI:5 b) tiene también relevancia en el ámbito de las negociaciones del GTRN. En el marco de las Disciplinas relativas a la contabilidad⁵²³, se acordó que al determinar la conformidad de una medida con la obligación del párrafo 2 [de no elaborar, adoptar o aplicar medidas que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios⁵²⁴], se tendrán en cuenta las normas internacionalmente reconocidas de las organizaciones internacionales competentes⁵²⁵ que aplique ese Miembro. Así, las disciplinas en contabilidad vinculan la obligación de que las medidas en cuestión no restrinjan el comercio más de lo necesario para cumplir un objetivo legítimo con las normas técnicas internacionales relevantes en la materia.

Con las disciplinas de contabilidad como base y luego del análisis que realizó el GTRN sobre los aspectos conceptuales del art. VI:5, las negociaciones han avanzado hacia la creación de una disciplina sobre normas técnicas internacionales relacionadas en cierta medida con el art. VI:5 b). Pero, como se verá más adelante, esta disciplina presumiblemente contendrá un alcance muy general y casi desvinculado de las obligaciones del art. VI:4. La Secretaría de la OMC ha confirmado que las normas técnicas internacionales son uno de los aspectos principales que están siendo considerados en las negociaciones del GTRN⁵²⁶. La relevancia de las mismas según los Miembros radica en facilitar la evaluación de las titulaciones obtenidas en el extranjero. Los gobiernos involucrados en la creación de normas técnicas internacionales deben asegurar que esto se realice de la forma más transparente posible, para evitar ser influenciados por los grupos de interés específicos.

Después de debatir sobre la propuesta de Suiza y México⁵²⁷, los Miembros decidieron que la aplicación de las normas técnicas internacionales para las nuevas disciplinas no sería obligatoria sino únicamente de “mejor esfuerzo” y no parece preverse ninguna modificación de los Miembros en este sentido. En el borrador de las disciplinas de reglamentación nacional del 2009 esta

⁵²³ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/64, 1998, *cit.*, párr. 25.

⁵²⁴ El párr 2 de las disciplinas de Contabilidad señala “los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen medidas no sujetas a consignación en listas en virtud de los artículos XVI y XVII del AGCS relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las normas técnicas y las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio de servicios de contabilidad. A tal fin, los Miembros se asegurarán de que dichas medidas no restrinjan el comercio más de lo necesario para cumplir un objetivo legítimo. Son objetivos legítimos, entre otros, la protección de los consumidores (incluidos todos los usuarios de los servicios de contabilidad y el público en general), la calidad del servicio, la competencia profesional y la integridad de la profesión.

⁵²⁵ Por "organizaciones internacionales competentes" se entiende los organismos internacionales de los que puedan ser miembros los organismos competentes de, por lo menos, todos los Miembros de la OMC.

⁵²⁶ Vid. WTO, TRADE IN SERVICES DIVISION, *Disciplines on domestic regulation pursuant to GATS article VI. 4 Background and Current State of Play*, June 2011, párr. 18 e), https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/dom_reg_negs_bckgdoc_e.doc. última visita 15 de mayo 2015

⁵²⁷ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Propuesta de disciplinas sobre las normas técnicas en materia de servicios - Revisión*, Doc. S/WPDR/W/32/Rev.1, 2005, *cit.*

previsión indica que, en el caso de que sean necesarias normas técnicas, los Miembros “deberán tener en cuenta” las normas internacionales existentes que sean pertinentes para la formulación de las mismas en sus marcos regulatorios nacionales⁵²⁸. Los Miembros siguen debatiendo sobre la posibilidad de hacer esta disciplina incluso menos exigente⁵²⁹.

Se ha agregado una salvedad en la aplicación de las normas técnicas internacionales, que está vinculada con el resguardo de los objetivos de políticas públicas⁵³⁰. Dicha salvedad significaría que los Miembros pueden no aplicar las normas técnicas si consideran que no sirven para el logro de sus objetivos de política pública; en tanto que al no establecerse una lista ilustrativa de objetivos legítimos, la facultad reguladora de los Miembros parece estar más preservada. Se entiende que esta previsión sustituirá el contenido del art. V:5 b) una vez que las nuevas disciplinas entren en vigor⁵³¹.

Esta disciplina será mucho menos específica que el art. VI:5, ya que no crea en realidad ningún vínculo entre las obligaciones del art. VI:4 con el requerimiento de tener en cuenta las normas técnicas internacionales. Es este sentido, difícilmente podría aplicarse el criterio del cumplimiento de las normas técnicas internacionales en la aplicación de una prueba de necesidad de la medida regulatoria bajo los términos del art. VI:4 o en la valoración de los criterios de la transparencia y debido proceso en la aplicación de la reglamentación nacional.

⁵²⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, 2009, *cit.*; Vid borrador 2009, párr 41. En este caso el borrador sería similar al art. 2.4 del Acuerdo OTC, la principal diferencia es el carácter obligatorio del OTC de usarlas como base para las regulaciones técnicas. Vid. también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Negociaciones sobre el Comercio de Servicios - Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales*, Doc. TN/S/36, 2011, *cit.*.

⁵²⁹ Por ejemplo se discute aun la posibilidad de cambiar la terminología “deberán tener en cuenta”, por la expresión “se alienta a” (en relación a que los Miembros tengan en cuenta las normas técnicas internacionales al formular sus normas técnicas nacionales). Sobre la posibilidad de introducir una redacción alternativa al párr. 41 de las disciplinas. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, p. 43.

⁵³⁰ En el Acuerdo MSF los Miembros solamente pueden apartarse del principio si existe una justificación científica. En el OTC se permite apartarse si las normas técnicas internacionales son medios ineficientes o inapropiados para el cumplimiento legítimo de los objetivos.

⁵³¹ Si bien cabe señalar que el proyecto del 2009 incluye también otra disciplina relacionadas con la transparencia de los procesos de elaboración y aplicación de las normas técnicas nacionales e internacionales por órganos no gubernamentales Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, 2009, *cit.*, párr 41.

CAPÍTULO SEXTO:

LAS NUEVAS DISCIPLINAS SOBRE REGLAMENTACIÓN NACIONAL DE SERVICIOS EN EL AGCS Y LA PERSPECTIVA DE LOS PED

Este capítulo analiza en el contexto de las negociaciones de la Ronda de Doha los intereses de los PED y su participación y en particular las negociaciones sobre servicios y en especial dentro del Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Nacional (GTRN). Se consideran los elementos que deberán contar las disciplinas basándose en las propuestas e intereses de los PED y tomando en cuenta que los requerimientos permitan la creación de políticas regulatorias adecuadas para cumplir con las políticas públicas y exigencias de desarrollo de este grupo de Miembros.

En primer apartado se centra en el contenido de las negociaciones del AGCS, su avance y principales retos, en concreto en relación a las negociaciones de la RD, desde el lente de los intereses y participación de los PED. En relación a la Agenda de AM se abordan las dificultades para contraer nuevos compromisos, incluidos en sectores de interés de los PED. En la agenda sobre normas se analizan los limitados avances en la creación de disciplinas sobre medidas de salvaguardia urgente, contratación pública y subvenciones. El único avance a destacar está en la Agenda sobre el Marco de Excepción para los PMA. El segundo apartado presenta los aspectos generales de las negociaciones sobre nuevas disciplinas de reglamentación nacional y los intereses y perspectivas de los PED. Para ello primero se explican los antecedentes de las negociaciones en concreto las disciplinas desarrolladas en el sector de la contabilidad y otros resultados del Grupo del Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales, luego se analiza las fases y métodos de negociación vinculados por los diversos momentos que pasaron las negociaciones y como los afrontan los Miembros. En segundo lugar se perfilan las posiciones y participación de los principales negociadores dentro del grupo de PED y exponen las principales propuestas presentadas por los PED y los principales elementos del debate. El tercer apartado se centra en los posibles resultados de las disciplinas y los aspectos pendientes en las negociaciones que constituyen prioridades de los PED. En concreto se analiza la posible extensión y profundidad de las disciplinas horizontales que se prevén concluir. Se identifican los intereses específicos de los PED Miembros en la creación de las disciplinas, en los cuales han alcanzado aún un conceso y se plantean posibles alternativas de texto final de las nuevas disciplinas sobre reglamentación nacional. Considerando aspectos tales como, el efectivo derecho a regular e implementar políticas vinculadas a los servicios universales, la aplicación de disciplinas sobre buena administración que ayuden a garantizar los intereses de exportación y la decisión sobre la inclusión o no de una prueba de necesidad o pruebas alternativas y la propuesta de su posible contenido técnico.

I. LAS NEGOCIACIONES DE LA RONDA DE DOHA PARA EL DESARROLLO Y LOS PED

Este apartado analiza el contenido de las negociaciones del AGCS, su avance y principales retos, desde el prisma de los intereses y participación de los PED Y a fin de entender este proceso en el contexto más específico de las negociaciones del art. VI sobre reglamentación nacional.

Las negociaciones sobre el CIS nacidas del mandato del art. XIX:1 del AGCS¹ y que actualmente se están llevando a cabo en la RD² se caracterizan en general por su dinamismo constante pero a la vez por su lento avance y el limitado resultado alcanzado hasta la fecha. Existe un bajo nivel en los compromisos sobre AM en servicios, en particular son mínimas las nuevas ofertas de compromisos en servicios presentadas tanto por los PD como por los PED. Esto puede ser el resultado de una falta de compromiso político o un temor por el riesgo regulatorio que generarían los nuevos compromisos, así mismo influye la ineludible conexión de las negociaciones de servicios con otras áreas de negociación de la RD. Esta situación trae consigo serias dudas sobre las esperadas consecuencias positivas del mismo en la política comercial de los PED, debido a la limitada mejora en el AM para los proveedores de servicios extranjeros provenientes de PED.

Las llamadas negociaciones sobre regulación doméstica y sobre normas del AGCS (medidas de salvaguardia urgencias, contratación pública y subvenciones) buscan alcanzar un acuerdo para crear nuevas disciplinas del AGCS en relación a estos temas, en los cuales no se pudo llegar a un

¹ La disposición establece esencialmente que los Miembros “entablarán sucesivas rondas de negociaciones con miras a lograr un nivel de liberalización progresivamente más elevado [...] encaminadas a la reducción o eliminación de los efectos desfavorables de las medidas en el comercio de servicios, como medio de facilitar un acceso efectivo a los mercados”. Señala asimismo que este proceso de liberalización se efectuará “respetando debidamente los objetivos de las políticas nacionales y el nivel de desarrollo de los distintos Miembros”. Se reconoce asimismo la “flexibilidad apropiada para que los distintos países en desarrollo Miembros abran menos sectores, liberalicen menos tipos de transacciones, aumenten progresivamente el acceso a sus mercados a tenor de su situación en materia de desarrollo y, cuando otorguen acceso a sus mercados a los proveedores extranjeros de servicios, fijen a ese acceso condiciones encaminadas al logro de los objetivos a que se refiere el artículo IV”. En marzo de 2001 el Consejo del Comercio de Servicios adoptó las Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios. *Vid. OMC, Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios*, Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios, en su serie de reuniones extraordinarias, el 28 de marzo de 2001, Doc. S/L/93, 29 de marzo 2001.

² En la Declaración Ministerial del Conferencia de Doha de 14 de noviembre de 2001 se establece que los Miembros dan el mandato para las negociaciones de la llamada Ronda de Doha o Ronda del Desarrollo de Doha, incluido el sector de los servicios: “*an expanded negotiating agenda and other important decisions and activities necessary to address the challenges facing the multilateral trading system*”, *vid. OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, Declaración Ministerial, Adoptada el 14 de noviembre de 2001*, Cuarto periodo de sesiones, Doha, 9 - 14 de noviembre de 2001, Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, 20 de noviembre 2001, párr. 7, 11, 15. A fin de facilitar las negociaciones el CCS adoptó las guías y procedimientos para las negociaciones, *vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)*. Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001, Doc. S/L/92, 28 de marzo 2001.

acuerdo durante la RU, conocidos como “*the unfinished business*”³. Estos temas son importantes para los Miembros, especialmente los PED por su preocupación frente la falta de reglas claras y las disciplinas del AGCS. Lo que puede constituir un impedimento para hacer compromisos en las negociaciones del PDD⁴. Además son de importancia general en la seguridad legal y predictibilidad en régimen multilateral del CIS.

Por otro lado, en el desarrollo de la RD se ha puesto de manifiesto el especial tratamiento para los PED, por ejemplo en relación a la flexibilidad en la asunción de los compromisos⁵. Asimismo se ha realizado un llamado para que, al momento de realizar compromisos, se dé especial atención a los sectores y modos de suministros de interés exportador para los PED⁶. Por ejemplo, el paquete de julio del 2008 señalaba que los compromisos serán proporcionales a los niveles de desarrollo, la capacidad de reglamentación y los objetivos de las políticas nacionales de los distintos países en desarrollo⁷. Los PED por su parte vienen participando regularmente en las negociaciones del AGCS en sus vías paralelas, el acceso a los mercados y la elaboración de normas (medidas de salvaguardia urgente, contratación pública, subvenciones y reglamentación nacional).

A. LOS PED RELACIÓN A LA AGENDA DE ACCESO AL MERCADO

En relación a la Agenda de AM (*on a bi- or plurilateral request-offer approach*)⁸, como se ha señalado, a los PED se les deberá conceder la flexibilidad apropiada, quienes podrán abrir

³ Vid. SAUVÉ, P. Y STERN, R. M., (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*. Washington, DC, Brookings Institution Press, 2000, p. 9; SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftovers", *Aussenwirtschaft*, vol. 57, no. 3, 2002, pp. 301-341. Según los términos de SAUVÉ, estos temas son los llamados “*Uruguay Round left-overs*”, aspectos normativos inacabados del AGCS que los Miembros decidieron seguir negociando.

⁴ Vid. JARA, A. Y DOMINGUEZ, M. D. C., "Liberalization of Trade in Services and Trade Negotiations", *Journal of World Trade*, vol. 40, no. 1, 2006, pp. 113-127, p. 117.

⁵ Vid. OMC, *Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios*, Doc. S/L/93, 2001, *cit.* y OMC, *Programa de Trabajo de Doha*, Decisión adoptada por el Consejo General el 1º de agosto de 2004, Doc. WT/L/579, 2 de agosto 2004.

⁶ Vid. OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Programa de Trabajo de Doha, Declaración Ministerial - Adoptada el 18 de diciembre de 2005*, Sexto período de sesiones, Hong Kong 13 - 18 de diciembre de 2005, Doc. WT/MIN(05)/DEC, 22 de diciembre 2005.

⁷ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Elementos necesarios para la conclusión de las negociaciones sobre los servicios*, Informe del Presidente, Doc. TN/S/34, 28 de julio 2008, párr. 4.

⁸ Se relaciona con las negociaciones para asumir compromisos de AM, mediante la inclusión de nuevas o mejoradas listas de compromisos nacionales de conformidad con los arts. XIX, XX, XXI, XVI del AGCS. Asimismo incluye la renegociación de las actuales exenciones del trato de NMF, de conformidad con el mandato establecido en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II. Ver el apartado II B 2 d. sobre compromisos específicos en el Capítulo Segundo de esta investigación.

menos sectores y liberalizar menos tipos de transacciones según su nivel de desarrollo⁹. Durante las negociaciones se han acordado disposiciones especiales en las que se señala en particular la necesidad de una mayor flexibilidad en cuanto al alcance y la cobertura de los compromisos de los PMA¹⁰ y se pide a los Miembros que presten especial atención a la apertura de sectores que interesan a los PMA subrayando la importancia de ayudarlos a mejorar su participación más efectiva en el CIS. Como puede esperarse, la mayor flexibilidad y menor exigencia de apertura, determinaría también la menor participación de los PMA en la RD en el ámbito de los servicios. Hasta la fecha bajo el enfoque principal de negociación de petición-oferta¹¹, las presentaciones de listados de compromisos específicos con nuevas ofertas de compromisos han sido limitadas. Actualmente sólo 71 Miembros (contando a la UE como un solo Miembro) han presentado ofertas iniciales y de ellos 31 han presentado ofertas revisadas¹². Sin embargo, según comenta ADLUNG, si se juzga el avance de las negociaciones considerando solamente el número de ofertas iniciales, se aprecia que más del 80% del total de los Miembros de los cuales se podría haber esperado que presentaran ofertas presentaron por lo menos la oferta inicial¹³. Por lo que en relación al número

⁹ De conformidad con el Documento Guía para las negociaciones relacionadas con los nuevos compromisos en servicios, se señala “que las negociaciones tienen por finalidad lograr niveles progresivamente más elevados de liberalización e incrementar la participación de los países en desarrollo en el comercio de servicios y reafirman que el “proceso de liberalización se llevará a cabo respetando debidamente los objetivos de política nacional, el nivel de desarrollo y el tamaño de las economías de los distintos Miembros”, además exigen que los Miembros presten especial atención a los sectores y modos de suministro cuya exportación interese a los PED, y reconoce el derecho de los Miembros a reglamentar y a introducir nuevas reglamentaciones. Vid. OMC, *Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios*, Doc. S/L/93, 2001, *cit.*, párrs. 1–3.

¹⁰ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Modalidades para el Trato Especial de los Países Menos Adelantados Miembros en las negociaciones sobre el comercio de servicios. Adoptadas el 3 de septiembre de 2003*, Doc. TN/S/13, 5 de septiembre 2003. Establece que los Miembros no deben buscar limitar las condiciones que los PMA imponen en acceso al mercado y se les otorga flexibilidad en términos a abrir menores sectores y liberalizar menos transacciones y no se espera que otorguen total trato nacional. También llama a que los Miembros que tomen medidas con el fin de incrementar la participación de los PMA. Esta idea se reforzó en la Declaración Ministerial de Hong Kong, vid. OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Programa de Trabajo de Doha, Declaración Ministerial - Adoptada el 18 de diciembre de 2005*, Doc. WT/MIN(05)/DEC, 2005, *cit.*

¹¹ En la Conferencia Ministerial de Hong Kong en 2005 los Miembros acordaron que además de las negociaciones bilaterales, basadas en el formato de petición-oferta, también se desarrollarían las negociaciones de petición-oferta en una base plurilateral. OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Programa de Trabajo de Doha, Declaración Ministerial - Adoptada el 18 de diciembre de 2005*, Doc. WT/MIN(05)/DEC, 2005, *cit.*, Anexo C.

¹² Esta es la más reciente referencia al número de ofertas de compromiso, según los documentos de la OMC Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aspectos de las negociaciones de la Ronda de Doha relativos al desarrollo, Nota de la Secretaría*, Doc. WT/COMTD/W/143/Rev.5, 28 de octubre 2010, párr. 60. Estos datos coinciden con las estadísticas sobre los compromisos específicos y listados de las excepciones del art. II NMF del AGCS, disponible en la base de datos de la OMC. Disponible en <http://i-tip.wto.org/services/%28S%28kydbukivjelbavzu4m05zgz1%29%29/default.aspx>.

¹³ Vid. ADLUNG, R. Y MAMDOUH, H., "How to Design Trade Agreements in Services: Top Down or Bottom-Up?", *Journal of World Trade Law*, vol. 48, no. 2, 2014, pp. 191–218, en p. 195. En esta apreciación ADLUNG tomó en cuenta que en la declaración de Hong Kong los PMA fueron expresamente exentos de presentar ofertas. Si se considera el total de los Miembros la proporción de las ofertas iniciales presentadas alcanza a dos tercio del total de los Miembros.

total de ofertas la valoración no es especialmente negativa. Sin embargo, si se analiza el contenido de las ofertas de compromisos, estas continúan siendo muy modestas y siguen siendo más restrictivas que los regímenes actualmente aplicados por los Miembros que las presentan¹⁴. Los limitados resultados positivos en un mayor acceso al mercado para los servicios y proveedores de servicios extranjeros se reflejan tanto en la amplitud de los sectores sujetos a liberalización y a la calidad o profundidad de estos compromisos¹⁵.

En general varios estudios han mostrado que los PED en la RU realizaron comparativamente menos compromisos que los PD¹⁶. Cabe señalar que la principal diferencia entre los listados de compromisos de los PED y PD está más en la amplitud de la cobertura sectorial que en el tipo de compromiso asumido¹⁷. Se han realizado muy pocos compromisos no solamente en los sectores más sensibles como educación o salud, sino también en sectores de importancia estratégica¹⁸ como los servicios de distribución y transporte¹⁹, además la mayoría de los PED y en particular los PMA han realizado compromisos en una menor variedad de subsectores que los PD (*sectorial breadth of commitments*). Una interesante apreciación sobre los compromisos realizados por los PMA es que generalmente han optado por entradas de mayor liberalización en los Modos 1 y 2 que otros grupos de países, en términos de compromisos plenos (*full commitments*) en Modo 1 y 2. Señala ADLUNG,

¹⁴ Vid. GOOTIIZ, B. Y MATTOO, A., "Services in Doha: What's on the Table?", *Journal of World Trade*, vol. 43, no. 5, 2009, pp. 1013–1030; MARTIN, W. Y MATTOO, A., "The Doha Development Agenda: What's on the table?", *Journal of International Trade and Economic Development*, vol. 19, no. 1, 2009, pp. 81-107; HUFBAUER, G. C., JENSEN, J. B. Y STEPHENSON, S., "Framework for the International Services Agreement", *Policy Brief*, Peterson Institute for International Economics, PB12-10, April, 2012, p. 1 y 3. Se estima que mientras que los actuales listados de compromisos están como 2.3 veces más restrictivos que los regímenes actualmente aplicados, los listados podrían continuar estando 1.9 veces más restrictivos si estas ofertas fueran implementadas.

¹⁵ Vid. MARCHETTI, J. A. Y ROY, M., "Services liberalization in the WTO and in preferential trade agreements", en MARCHETTI, J. A. Y ROY, M. (eds.), *Opening markets for trade in services : countries and sectors in bilateral and WTO negotiations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 61-112, p. 63.

¹⁶ Los PED han realizado compromisos en menos de la mitad de sectores y subsectores de los concluidos por los PD y los PMA realizaron compromisos en menos de una cuarto de los sub sectores. Vid. también ADLUNG, R. Y ROY, M., "Turning hills into mountains? Current commitments under the GATS and prospects for change," *Journal of World Trade*, vol. 39, no. 6, 2005, pp. 1161-1194. ADLUNG, R., "Services Negotiations in the Doha Round: Lost in Flexibility?", *Journal of International Economic Law*, vol. 9, no. 4, 2006, pp. 865-893, ADLUNG, R., "Service Liberalization from a WTO/GATS perspective: in search of volunteers", *Staff working Paper*, Economic Research and Statistics Division of the WTO, ERS-2009-05, Geneva, 2009.

¹⁷ Vid. ADLUNG, R. Y ROY, M., "Turning hills into mountains? Current commitments under the GATS and prospects for change," *op. cit.*, p. 1174.

¹⁸ Vid. MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "Developing Countries in the WTO Services Negotiations: Doing enough?", en BERMANN, G. A. Y MAVROIDIS, P. C. (eds.), *WTO Law and Developing Countries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 82-124.

¹⁹ Vid. MARCHETTI realizó un estudio donde muestra que más de dos tercios de los PED and PMA no han realizado compromisos en sectores de educación, transporte marítimo, postal, audiovisual, distribución, medioambiente y servicios postales, y más de la mitad no ha realizado compromisos en construcción y servicios de recreación, *vid.* MARCHETTI, J. A. Y ROY, M., "Services liberalization in the WTO and in preferential trade agreements", *op. cit.*, p. 63, 66; ADLUNG, R. Y ROY, M., "Turning hills into mountains? Current commitments under the GATS and prospects for change," *op. cit.*, p. 1170.

por ejemplo, que una explicación podría ser que han realizado compromisos en sectores tales como turismo, respecto del cual los PED no tienen una preocupación de política económica²⁰. Dentro del grupo de los PED, cabe mencionar la particularidad de los países de nuevo acceso²¹, los cuales han contraído compromisos en la misma medida que los PD. Los compromisos de estos países son también más profundos, es decir que reflejan una mayor liberalización que el resto de los Miembros, particularmente en Modo 1 y 3. Sin embargo, los compromisos realizados por los PED durante la RU pueden ser mayores si se considera especialmente que ellos han usado la fórmula de futura liberalización “*pre commitment*” o “*phase in commitments*”, como una forma de TED, postergando de esta forma la liberalización de un determinado sector o modo de servicios para algún momento en el futuro²². Esta flexibilidad ha sido usada en virtualmente todos los listados de los recientes Miembros de nuevo acceso a la OMC, es también una forma de medir la liberalización, ya que los Miembros solamente pueden listar aquello que vaya más allá de sus actuales condiciones de mercado²³.

En relación al análisis desde la perspectiva de los modos de suministro, en el Modo 1 de comercio transfronterizo la apertura se ha condicionado generalmente a la presencia comercial, por ende, si bien este modo es de interés especial para los PED, el condicionamiento señalado deja a un lado los PED más pequeños²⁴. En tanto que el Modo 2 es el modo en que es mayor el porcentaje de

²⁰ Vid. ADLUNG, R. Y ROY, M., "Turning hills into mountains? Current commitments under the GATS and prospects for change," *op. cit.*, p. 1174.

²¹ Son considerados como Miembros de nuevo acceso aquellos que ingresaron a la OMC luego de 1995. Se trata sobre todos de varias denominadas economías en transición e incluyen varios PED y PMA. Según MARCHETTI, mientras que estos países han realizado compromisos en un total de 102 subsectores, los PD tienen compromisos en 106 subsectores, *vid.* MARCHETTI, J. A. Y ROY, M., "Services liberalization in the WTO and in preferential trade agreements", *op. cit.*, p. 67; ADLUNG, R. Y ROY, M., "Turning hills into mountains? Current commitments under the GATS and prospects for change," *op. cit.*, p. 1174.

²² El art. XX:1 del AGCS da la posibilidad de asumir los nuevos compromisos de liberalización en fechas posteriores que a la entrada en vigor del específico listado de compromisos: "Cada Miembro consignará en una lista los compromisos específicos que contraiga de conformidad con la Parte III del presente Acuerdo. Con respecto a los sectores en que se contraigan tales compromisos, en cada Lista se especificará:.. d) cuando proceda, el marco temporal para la aplicación de tales compromisos; y e) la fecha de entrada en vigor de tales compromisos." *Vid.* también MACRORY, P. F. J. Y STEPHENSON, S., *Making trade in services supportive of development in commonwealth small and low-income countries, Economic Paper No 93 in the Commonwealth Economic Paper Series*, London, Commonwealth Secretariat, 2011, p. 9. MACRORY hace referencia al estudio de la OCDE sobre TED en el AGCS. OECD, "Special and Differential Treatment Under the GATS", *OECD Trade Policy Working Papers*, TRADE POLICY LINKAGES DIVISION OF THE OECD TRADE DIRECTORATE (ed.), OECD Publishing., TD/TC/WP(2005)24/FINAL, January, Paris, 2006.

²³ Vid. ADLUNG, R. Y MAMDOUH, H., "How to Design Trade Agreements in Services: Top Down or Bottom-Up?", *op. cit.*, p. 208–210. Se aprecia que en el periodo comprendido entre 1996 y 2012, son 26 los Miembros de nuevo acceso que han realizado compromisos, cubriendo un rango importante de sectores y subsectores de telecomunicaciones, seguros, bancarios, distribución, servicios empresariales, transporte, construcción y otros.

²⁴ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Nota de antecedentes sobre Suministro Transfronterizo (Modos 1 y 2)*, Doc. S/C/W/304, 18 de septiembre 2009; HOEKMAN, B., "The GATS and Developing Countries: Why Such Limited Traction?", en CHANTAL, T. Y TRACHTMAN, J. P. (eds.), *Developing Countries in the WTO Legal System*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 437-455, en p. 443.

compromisos realizados por todos los grupos de países y es un modo de especial interés para los PED exportadores. Sin embargo, en el Modo 4 que es prioritario para los PED, los compromisos de todos los Miembros han sido mínimos²⁵. Cuando se han realizado compromisos en este modo, suelen estar limitados a la entrada en forma de transferencias intra-corporativas, y estar relacionados con la entrada en el Modo 3. La mayoría se refiere a turistas de negocios para la negociación de servicios de venta o establecimiento de presencia comercial, ningún compromiso se refiere explícitamente a trabajadores menos cualificados (*lower skilled*)²⁶.

En relación al desarrollo de las negociaciones de AM en la actual RD, si bien no es posible hacer una apreciación precisa sobre el avance en los compromisos de liberalización, en general las ofertas presentadas no muestran un progreso en términos de liberalización, y los intereses de los PED en la apertura de ciertos modos o sectores siguen pareciendo difíciles de alcanzar. En particular en relación al Modo 4, las negociaciones para una mayor liberalización están estancadas. A pesar de que los debates siguen resaltando el rol central del objetivo de desarrollo de la Ronda y la importancia de que ello se viera reflejado en el resultado de las negociaciones relativas a los servicios, parece que “sobre la mesa” las nuevas ofertas de compromisos siguen sin estar a la altura de este objetivo. Luego del impulso que tuvieron a mediados del 2006, las negociaciones se suspendieron por la falta de progreso en otras esferas de las negociaciones hasta enero del 2007, a partir de este momento las negociaciones continuaron sin avances importantes y sin fecha límite de finalización²⁷. En julio del 2008 se realizó un balance de las negociaciones, los Miembros crearon un documento donde se incluyeron ciertos elementos necesarios para la conclusión de las negociaciones incluidas las de AM, reafirmando los objetivos de AM recogidos en los mandatos de negociación²⁸. Asimismo, la Conferencia de Manifestación de Intenciones de julio de 2008 dio ciertas orientaciones sobre lo que los Miembros estarían dispuestos a incluir en sus ofertas de servicios revisadas para cumplir esos objetivos²⁹, lo que parece conllevar la intención de los participantes de mejorar las ofertas de compromisos. Desde esa fecha las negociaciones han

²⁵ Vid. MACRORY, P. F. J. Y STEPHENSON, S., *Making trade in services supportive of development in commonwealth small and low-income countries*, op. cit., p. 10.

²⁶ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Nota de antecedentes sobre Presencia de Personas Físicas (Modo 4)*, *Nota de la Secretaria*, Doc. S/C/W/301, 15 de septiembre 2009.

²⁷ Este impulso de debió al intento de cumplir con la fecha límite establecida en la declaración de Hong Kong para la presentación de solicitudes plurilaterales, hasta el 28 de febrero de 2006, cuyo resultado debería verse reflejado con las ofertas revisadas que deberían presentarse hasta el 31 de julio de 2006. Debido entre otros a la falta de progreso de las negociaciones en otras áreas como Agricultura u Acceso al mercado de productos no agrícolas, se suspendieron las negociaciones de la Ronda de Doha hasta enero 2007.

²⁸ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Elementos necesarios para la conclusión de las negociaciones sobre los servicios*, Doc. TN/S/34, 2008, cit.

²⁹ Vid. OMC, COMITÉ DE NEGOCIACIONES COMERCIALES, *Conferencia de Manifestación de Intenciones sobre los Servicios*, Informe del Presidente del CNC, Doc. JOB(08)93, 30 de julio 2008. En esta conferencia participaron los más importantes Miembros de la OMC, dando información sobre la forma de mejorar sus compromisos y sus expectativas de un avance real en las negociaciones.

continuado en base a una serie de consultas y reuniones bilaterales, plurilaterales y multilaterales, con pocos avances significativos, lo que está relacionado con el hecho de que las reuniones sobre todo han sido de carácter técnico³⁰, y a pesar de que en el 2011 se generó una mayor participación de los Miembros en las negociaciones sobre AM, los progresos siguieron siendo limitados³¹. En el 2014, con el objeto de establecer el programa de trabajo posterior a la Conferencia de Bali, los Miembros mantuvieron reuniones de trabajo y consultas informales. Los temas en relación a las negociaciones de AM estuvieron relacionados con la posibilidad de generar una inercia y especialmente simultaneidad entre las negociaciones de AM de bienes, la agricultura, el AMNA y la de servicios. También se consideró en los debates el posible nivel de ambición en los servicios para el acceso a los mercados³². Parece estar bastante claro tanto para los Miembros como para la doctrina que al finalizar la RD los compromisos de AM en servicios no habrán alcanzado el nivel de ambición esperado³³.

En relación a la participación de los PED en la RD, la información respecto a las solicitudes bilaterales presentadas por los Miembros y en particular por los PED es confidencial, sin embargo son varios los PED que han presentado solicitudes³⁴. A manera de ejemplo representativo de los intereses de los PED se puede hacer referencia a la información sobre las peticiones presentadas a la UE (por ejemplo en servicios profesionales y servicios de construcción o servicios de salud, en este caso los PED han requerido por ejemplo completo acceso a los mercados y trato nacional en el Modo 1 (suministro transfronterizo), es especialmente relevante la del Modo 4, en éste piden compromisos completos³⁵.

³⁰ Según lo reconocido en el 2010 por los coordinadores de 20 grupos sobre peticiones y ofertas plurilaterales, en representación de los copatrocinadores de peticiones colectivas. *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Negociaciones sobre el Comercio de Servicios - Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales a los efectos del balance en el CNC*, Doc. TN/S/35, 22 de marzo 2010, párrs. 4 y 6.

³¹ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales, Negociaciones sobre el Comercio de Servicios*, Doc. TN/S/36, 21 de abril 2011.

³² *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Informe del Presidente del Consejo del Comercio de Servicios en Sesión Extraordinaria - Viernes 14 de marzo de 2014*, Doc. TN/S/38, 21 de marzo 2014, párr. 1.1.

³³ En sesión especial de CCS, el presidente expresaba en el 2005 que en la mayoría de las ofertas presentadas no se apreciaba una mejora en la mayoría de las categorías de sectores; *vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Informe del Presidente al Comité de Negociaciones Comerciales, Nota de la Secretaría, Corrigendum*, Doc. TN/S/20, 11 de julio 2005. En el 2011 los Miembros también expresaron su preocupación de los escasos o nulos progresos en las negociaciones de AM, *vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Negociaciones sobre el Comercio de Servicios - Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales a los efectos del balance en el CNC*, Doc. TN/S/35, 2010, *cit.*, párr. 5.

³⁴ *Vid.* JARA, A. Y DOMINGUEZ, M. D. C., "Liberalization of Trade in Services and Trade Negotiations", *op. cit.*, p. 116.

³⁵ COMISIÓN EUROPEA, "Peticiones de los Miembros de la OMC a la CE y sus Estados Miembros para mejorar el acceso a los mercados de los servicios, Documento de Consulta", versión 2, 2002, p. 25, 36, disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/march/tradoc_112334.pdf. *Vid.* también las

Si se valoran las propuestas de negociación presentadas especialmente al inicio de las negociaciones de la RD, la participación de los PED es importante. Un porcentaje destacado de comunicaciones escritas ha sido presentado por PED o grupos de Miembros que incluyen a PED³⁶. Los sectores que parecen ser de mayor interés para los PED son servicios profesionales, turismo y transporte marítimo, servicios relacionados con informática y construcción, también telecomunicaciones, audiovisuales, servicios de ingeniería conexos, de distribución, de energía, ambientales, financieros. Por lo menos un 40% ha sido presentado por un PED de manera individual o grupos de PED o grupos de Miembros con un PED al menos).

En el estudio realizado por MARCHETTI Y ROY se expresa de forma evidente la falta de ambición de las ofertas presentadas luego de la RU, en relación a los sectores cubiertos y el contenido de las ofertas. Los sectores en los que se han centrado han sido en servicios financieros y empresariales, y en menor medida en turismo y telecomunicación. Los servicios de construcción y distribución, servicios ambientales y marítimos han tenido pocas anuencias, así como los sectores de salud y audiovisuales. En relación al nivel de los compromisos, las ofertas tampoco han hecho un cambio significativo³⁷. La liberalización del comercio transfronterizo es uno de los retos más importantes para los PED en esta ronda³⁸ y es el modo en el que se ha realizado mayor apertura en general (para algunas actividades es técnicamente imposible realizarse por lo que los compromisos tienen poco valor, como hostales, restaurantes y hoteles). Si bien las declaraciones de voluntad reconocen la necesidad de continuar con los debates para alcanzar una mayor apertura en servicios. En todo caso, los Miembros reconocen que el nivel de ambición de los compromisos en servicios debe estar en consonancia con el de agricultura y el de AMNA y debe estar también en equilibrio con las negociaciones sobre elaboración de normas en servicios³⁹.

En este contexto, algunos PED vienen señalando que para lograr un resultado satisfactorio debería trabajarse en disminuir la asimetría existente entre las ofertas o intenciones de los PD

solicitudes presentadas a Australia, también en ella la prioridad de los PED es el Modo 4; AUSTRALIAN GOVERNMENT, "Discussion Paper on the General Agreement on Trade in Services", Office of Trade Negotiations, Ministry of Foreign Affairs and Trade, 2003.

³⁶ Vid. MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "Developing Countries in the WTO Services Negotiations: Doing enough?", *op. cit.*, p. 100. En un informe de la Secretaría de la OMC se señala que en el 40% de las 150 propuestas presentadas desde noviembre del 2000 participan PED (no se incluyen las propuestas sobre las llamadas cuestiones horizontales, pero sí básicamente todas las propuestas sobre los sectores y los modos de suministro); OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aspectos de las negociaciones de la Ronda de Doha relativos al desarrollo*, Doc. WT/COMTD/W/143/Rev.5, 2010, *cit.*, párr. 64.

³⁷ Vid. MARCHETTI, J. A. Y ROY, M., "Services liberalization in the WTO and in preferential trade agreements", *op. cit.*

³⁸ Vid. MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "Developing Countries in the WTO Services Negotiations: Doing enough?", *op. cit.*, p. 97.

³⁹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Informe del Presidente del Consejo del Comercio de Servicios en Sesión Extraordinaria - Viernes 14 de marzo de 2014*, Doc. TN/S/38, 2014, *cit.*, párr. 1.3–1.4.

Miembros y las de los PED, en detrimento de estos últimos⁴⁰. Justamente uno de los ámbitos en lo que se ha reconocido que se requieren mayores progresos es en lograr un resultado “sólido y satisfactorio” de las negociaciones en el Modo 4⁴¹. La participación de los Miembros en Modo 4 es amplia, sin embargo no se ha manifestado ninguna señal de mejora en los principales destinatarios de la petición plurilateral de apertura. Según los Miembros copatrocinadores de peticiones en Modo 4, muchos de los subsectores de interés para los PED no estaban abarcados en las ofertas y seguían existiendo importantes exclusiones geográficas respecto de los sectores indicados horizontalmente⁴². Otro problema en relación a las ofertas en el Modo 4 es que en numerosas ocasiones estaban vinculadas a la presencia comercial y sujetas a prescripciones en materia de nacionalidad y residencia, junto a ello a los PED les preocupa la existencia de límites o toques numéricos en el acceso y las PNE y la estabilidad de los compromisos. Las propuestas de los PED en Modo 4 piden además de lo antes mencionado, la armonización de las categorías de proveedores de servicios utilizadas al consignar compromisos en las listas, y más compromisos sobre los trabajadores con bajos niveles de calificación, el trato fiscal, las prescripciones en materia de paridad salarial y la duración de la estancia⁴³.

Si bien existen demandas por parte de los PED en Modo 4, se evidencia una falta de táctica en las negociaciones, los intereses entre los PED son diversos. En tanto que sus ofertas son poco ambiciosas.⁴⁴ Una de las principales propuestas en Modo 4 es de la India, la cual está relacionada con el estudio de CHANDA.⁴⁵

Un elemento importante para la valoración de mejores compromisos en el Modo 4 es su relación ineludible con la dimensión de desarrollo de la Ronda de Doha y por ende su importancia el deseado equilibrio de las negociaciones⁴⁶. En tanto algunas ofertas presentadas durante la Ronda

⁴⁰ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Negociaciones sobre el Comercio de Servicios - Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales a los efectos del balance en el CNC*, Doc. TN/S/35, 2010, *cit.*, párr. 5.

⁴¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales*, Doc. TN/S/36, 2011, *cit.*, párr. 5. Otros ámbitos relacionados con el AM en lo que es necesario más progreso según algunos Miembros son “la consolidación de las medidas de liberalización autónoma cuando sea posible y la mejora de los niveles de acceso en el Modo 3 (incluidas las restricciones a la participación de capital extranjero y las formas de presencia comercial)”.

⁴² *Ibid.*, párr. 63–64.

⁴³ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aspectos de las negociaciones de la Ronda de Doha relativos al desarrollo*, Doc. WT/COMTD/W/143/Rev.5, 2010, *cit.*, párr. 65.

⁴⁴ Vid. WINTERS, L. A., "Developing country proposals for the liberalization of movements of natural service suppliers", en PETERSMANN, E.-U. (ed.), *Reforming the World Trading System. Legitimacy, efficiency and democratic governance*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 146-165, p. 164.

⁴⁵ Vid. CHANDA, R., "Movement of Natural Persons and the GATS", *The World Economy*, vol. 24, 2001, pp. 631-654; también WINTERS, L. A., "Developing country proposals for the liberalization of movements of natural service suppliers", *op. cit.*, p. 155.

⁴⁶ En relación al Modo 4 y la importa de mejora de las ofertas de los PD y que perspectivas tienen las ofertas mejoradas. Vid. COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS,

han mostrado ciertas mejoras en el AM para el Modo 4. Canadá hace una mejora en relación a la transparencia en Modo 4 al proponer de indicar las condiciones exactas relativas a la entrada y permanencia de las diversas categorías de trabajadores⁴⁷. La CE y Noruega también parecen ofrecer mayor apertura en este modo. La UE propone eliminar las PNE ligadas a la mayoría de las categorías de sus listados e introduce una nueva categoría de “*graduate trainees*”⁴⁸. También cabe destacar la entrada de “*contractual service suppliers (CSS)*” que ha sido mejorada en alcance y duración en sus oferta y la nueva categoría de “profesionales independientes” (IPs). La propuesta revisada de Noruega por su parte incluye la categoría adicional de “especialistas” quienes serán autorizados para la entrada temporal y trabajo por hasta dos períodos de cuatro años, así como una nueva categoría de “personas naturales que proporcionan servicios sin ser empleados por una persona jurídica que tiene una presencia comercial en Noruega”, que son los proveedores de servicios efectivamente independientes. No se requiere PNE para estos proveedores de servicio, quienes pueden permanecer hasta por tres meses en un período de 12 meses, pero deben obtener un permiso de trabajo y trabajar dentro de uno de los subsectores listados⁴⁹. Sin embargo, otros países como Austria, EEUU e Islandia no han realizado ninguna mejora en relación al Modo 4, otros países si bien han presentado alguna mejora de AM, éstas están condicionadas a PNE o la relación con el Modo 3, como es el caso de Japón, Nueva Zelanda o Suiza⁵⁰.

El suministro transfronterizo, que contiene una amplia gama de sectores de servicios (e incluye los Modos 1 y 2), ha cobrado también bastante importancia en relación a los intereses de los PED, con la evolución tecnológica y comercial y especialmente con el uso de internet, sectores como los servicios profesionales, de enseñanza y de salud han avanzado de manera transnacional, dando oportunidades a pequeños y mediados proveedores. En los PED se ha producido un impresionante crecimiento en los nuevos mercados del comercio de servicios auxiliares y los

UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO, *La Participación creciente de los países en desarrollo mediante la liberalización del acceso a los mercados mediante el Modo 4 en el marco del AGCS relativo al movimiento de personas físicas proveedoras de servicios*, Doc. TD/B/COM.1/EM.22/2, 18 de junio 2003.

⁴⁷ Vid. MACRORY, P. F. J. Y STEPHENSON, S., *Making trade in services supportive of development in commonwealth small and low-income countries*, op. cit., p. 11.

⁴⁸ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Oferta condicional revisada*, Doc. TN/S/O/EEC/Rev.1, 29 de junio 2005.

⁴⁹ OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Noruega - Oferta revisada*, Doc. TN/S/O/NOR/Rev.1, 17 de junio 2005, June 2005

⁵⁰ La oferta inicial de Japón parece estar estrechamente alineada con las condiciones existentes para la admisión de profesionales cualificados, pero éstas pueden verse afectadas por las PNE que se incluyen en la oferta. Nueva Zelanda en su oferta revidada incluye una cobertura amplia de las profesiones de interés para los PED per las lugar al Modo 3, abarcando categorías que cubren los movimientos relacionados con las inversiones. Suiza propone quitar las cuotas para el número de permisos de trabajo pero mantiene su propia interpretación de “*seeking employment*”, que excluye proveedores individuales de servicios; vid. MACRORY, P. F. J. Y STEPHENSON, S., *Making trade in services supportive of development in commonwealth small and low-income countries*, op. cit., p. 12.

llamados servicios de carácter intelectual, como los de investigación y desarrollo⁵¹. En este sentido, en la RD varios PED han venido demandado que se asuman mayores compromisos en estos modos de suministro, mostrando especial interés en los servicios prestados a las empresas⁵², así como en servicios de investigación y desarrollo, de informática, de consultoría para la gestión, de centros de llamadas, y de transferencia de información y datos financieros⁵³. Esta investigación concuerda con los copatrocinadores de las ofertas plurilaterales del suministro de servicios en que es necesario un mayor reconocimiento de que la liberalización del CIS en la esfera del suministro transfronterizo beneficia tanto a los PED como a los PD⁵⁴, por ende los esfuerzos de liberalización deben hacerse entendiendo los requerimientos de los PED.

La preocupación de los PED en las negociaciones de AM debe ser entendida por un lado como un interés en lograr un equilibrio entre las flexibilidades para estos Miembros y las peticiones de liberalización de los otros, lo que va de la mano con el requerimiento que se hace al resto de los Miembros de presentar ofertas que incluyan sectores y subsectores de servicios de especial interés para los PED⁵⁵. Sin embargo, este interés general contiene adicionales especificaciones que podrían dificultar mayores compromisos, ya que varios subsectores de PED (como el grupo de las economías pequeñas y vulnerables y los PMA) han señalado durante las negociaciones sus “preocupaciones especiales” y la necesidad de ser especialmente tomadas en cuenta⁵⁶. Actualmente algunos listados de servicios ofrecen en cierta manera una consideración especial hacia los PED, son por ejemplo las ofertas revisadas de Nueva Zelanda y de la UE⁵⁷. Estos Miembros expresan en

⁵¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Nota de antecedentes sobre Suministro Transfronterizo (Modos 1 y 2)*, Doc. S/C/W/304, 2009, *cit.*, p. 2.

⁵² Por ejemplo en la Conferencia de Manifestación de Intenciones del 2008, uno de los participantes hizo referencia a la importancia económica de la contratación externa de procesos empresariales para los PED y subrayó la necesidad de contraer compromisos ambiciosos en los sectores pertinentes; *vid.* OMC, COMITÉ DE NEGOCIACIONES COMERCIALES, *Conferencia de Manifestación de Intenciones sobre los Servicios*, Doc. JOB(08)93, 2008, *cit.*; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Nota de antecedentes sobre Suministro Transfronterizo (Modos 1 y 2)*, Doc. S/C/W/304, 2009, *cit.*, párr. 3.

⁵³ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aspectos de las negociaciones de la Ronda de Doha relativos al desarrollo*, Doc. WT/COMTD/W/143/Rev.5, 2010, *cit.*, párr. 65.

⁵⁴ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales*, Doc. TN/S/36, 2011, *cit.*, p. 9.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 6.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 6.

⁵⁷ La oferta revisada de Nueva Zelanda expresa que “toma particularmente en cuenta las solicitudes de liberalización de AM en sectores y modos de suministros de interés de los PED e incluye nuevos y mejorados compromisos en Modo 4; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Nueva Zelanda - Oferta condicional revisada*, Doc. TN/S/O/NZL/Rev.1, 17 de junio 2005. La oferta revisada de la CE establece que ésta se realizó en consideración a las solicitudes que han sido recibidas, en particular de aquellas de los PED; *vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Oferta condicional revisada*, Doc. TN/S/O/EEC/Rev.1, 2005, *cit.*.

sus criterios generales que han considerado los sectores y modos de suministros de los PED⁵⁸, sin embargo, como se ha revisado, las ofertas de compromisos de estos y otros Miembros en concretos sectores de interés para los PED están aún por debajo de los requerimientos de estos países que cuando menos vincule jurídicamente los niveles actuales de apertura.

Dentro de las sugerencias dadas para lograr que los compromisos de AM estén más cerca de los regímenes aplicados por los Miembros y que se asuman nuevos compromisos con mayor apertura, interesa destacar uno que se consideran especialmente relevante para los PED. Esta propuesta es la de establecer un mayor conexión entre la asistencia técnica en los aspectos regulatorios y las reformas del sector servicios. Esta asistencia técnica se debe dar desde varias organizaciones internacionales, además de la OMC⁵⁹. Se ha propuesto que los nuevos compromisos que realicen los PED por ejemplo los hagan condicionándolos a la recepción de asistencia técnica, en particular en aspectos regulatorios o de creación de capacidad⁶⁰. Esto es especialmente relevante porque las regulaciones del sector de los servicios son bastante complejas, las cuales requieren marcos regulatorios adecuados para lograr los beneficios deseados.

B. LOS PED EN RELACIÓN A LA AGENDA SOBRE NORMAS ⁶¹

Durante la RD las negociaciones relacionadas con normas están siendo especialmente lentas, solamente las negociaciones sobre reglamentación doméstica han tenido algunos avances. Los Miembros no están de acuerdo en aspectos básicos como si se deben o no negociar disciplinas en las otras materias, y no hay un concierto en el objetivo o resultado que se espera de las negociaciones⁶². En el 2009, si bien se reavivaron los debates mediante una labor técnica, en general las discrepancias y divergencias políticas entre los Miembros han seguido generando niveles dispares de empeño por su parte, en tanto que en los debates técnicos que se vienen

⁵⁸ Según MACRORY Y STEPHENSON, con este tipo de ofertas de compromiso se trataría en cierta manera de una forma de TED para los PED en servicios "pay at least lip service to SDT", *vid.* MACRORY, P. F. J. Y STEPHENSON, S., *Making trade in services supportive of development in commonwealth small and low-income countries*, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁹ *Vid.* HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services, economic development, and the Doha Round: exploiting the comparative advantage of the WTO", en LEE, D. Y WILKINSON, R. (eds.), *The WTO After Hong Kong: Progress in, and Prospects for, the Doha Development Agenda*, Taylor & Francis, 2007, pp. 73-94; HOEKMAN, B., MATTOO, A. Y SAPIR, A., "The political economy of services trade liberalization: a case for international regulatory cooperation?", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 23, no. 3, 2007, pp. 367-391; SAUVÉ, P., "Services and the Doha Development Agenda", en DIJCK, P. V. Y FABER, G. (eds.), *Developing Countries and the Doha Development Agenda of the WTO*, London, Routledge, 2006, pp. 74.

⁶⁰ *Vid.* SAUVÉ, P., "Services and the Doha Development Agenda", *op. cit.*; MARCHETTI, J. A. Y ROY, M., "Services liberalization in the WTO and in preferential trade agreements", *op. cit.*, p. 100.

⁶¹ Este apartado se ocupa de las llamadas negociaciones sobre las normas del AGCS (medidas de salvaguardia urgencias, contratación pública y subvenciones), ya que las negociaciones sobre reglamentación nacional desarrolladas por GTRN tienen una consideración especial es la segunda parte de este capítulo.

⁶² *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales*, Doc. TN/S/36, 2011, *cit.*, párr. 80

realizando se han destacado cuestiones relacionadas con el desarrollo⁶³. En general el trabajo técnico se podría considerar como un nuevo enfoque, el cual puede ser concebido como una manera de “resucitar estas negociaciones”⁶⁴, sin embargo los Miembros siguen sin poder avanzar hacia un proceso basado en borradores del texto de las disciplinas⁶⁵.

El debate en las negociaciones sobre normas no está directamente relacionado con los intereses de los PED vs los PD, sino que es una discusión en la que se disputan intereses por una mayor liberalización y las preferencias hacia una mayor flexibilidad, junto con las dificultades relacionadas con la falta de información y de datos específicos⁶⁶. Dicho esto, cabe mencionar que los PED suelen ser los Miembros con mayores dificultades en relación a transparencia e información y a la vez son los más interesados generalmente en unas mayores flexibilidades en el AGCS.

1. Negociaciones sobre Salvaguardias Urgentes

El Mecanismo de Salvaguardias Urgentes (MSU), como se ha visto, está previsto en otros acuerdos de la OMC pero no en el AGCS, el mecanismo que está en negociación tiene como objetivo establecer una fórmula que permita a los Miembros apartarse de la aplicación de los compromisos realizados en servicios (sobre AM, trato nacional y compromisos adicionales), constituye una acción temporal para afrontar los problemas o daños inesperados causados por esos compromisos y generalmente tiene como fin salvaguardar la industria nacional, frente a los ajustes derivados de un incremento de suministros extranjeros⁶⁷. El MSU se aplicaría en todo caso de manera no discriminatoria y en relación a sectores o subsectores específicos⁶⁸ y puede tener como consecuencia lógica que los Miembros afectados por el MSU reciban una compensación.

⁶³ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aspectos de las negociaciones de la Ronda de Doha relativos al desarrollo*, Doc. WT/COMTD/W/143/Rev.5, 2010, *cit.*, párr. 63.

⁶⁴ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Negociaciones sobre el Comercio de Servicios - Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales a los efectos del balance en el CNC*, Doc. TN/S/35, 2010, *cit.*, p. 35.

⁶⁵ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales*, Doc. TN/S/36, 2011, *cit.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/21, 14 de abril 2011, p. 1; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2012)*, Doc. S/WPGR/23, 29 de noviembre 2012, p. 1; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2014)*, Doc. S/WPGR/25, 17 de noviembre 2014, p. 1.

⁶⁶ Vid. JARA, A. Y DOMINGUEZ, M. D. C., "Liberalization of Trade in Services and Trade Negotiations", *op. cit.*, p. 127.

⁶⁷ Vid. SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Safeguards, Subsidies, and Government Procurement", en HOEKMAN, B., MATTOO, A., et al. (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington, DC, World Bank, 2002, pp. 326-335, en p. 326.

⁶⁸ Ver el apartado B 1 e) sobre Medidas de salvaguardia urgentes, sobre contratación pública y sobre subvenciones del Capítulo Tercero de esta investigación.

Las principales dificultades para llegar a un acuerdo para la creación del MSU están relacionadas con su viabilidad técnica y aplicabilidad a todos los sectores de servicios, junto con el problema de una falta de estadísticas confiables en varios sectores⁶⁹. Señala SAUVÉ por ejemplo que un problema inicial es la definición de “importación” en un MSU, que típicamente es vista como un comercio transfronterizo y cómo se diseñaría para que pueda aplicarse a todos los modos de suministro de servicios, en particular en relación al Modo 3 y Modo 4⁷⁰. Otras dificultades técnicas importantes se refieren a la definición de “industria doméstica en servicios, y si para esta definición se debería o no incluir a proveedores de servicios extranjeros que se han establecido localmente mediante una presencia comercial y que son parte de compañías extranjeras. También es un problema determinar lo que constituirían servicios similares o directamente competidores, asimismo la determinación del daño es un reto ya que para determinar la causalidad debe establecerse que ha habido un aumento en las importaciones similares o directamente competidoras y son conocidos por problemas estadísticos en el CIS⁷¹.

A estas dificultades técnicas se unen los intereses y sensibilidades políticas existentes sobre todo a nivel regional, las cuales deben abordarse a nivel multilateral⁷². Existen diferentes posiciones entre los Miembros respecto a la necesidad de un MSU en servicios, lo que se ha traducido en términos de la negociación en la “deseabilidad” del mecanismo. Estos argumentos han planteado esencialmente que las salvaguardias pueden ayudar a aliviar los costes del ajuste de las industrias nacionales a la liberalización de los servicios, particularmente relevante para los PED con falta de capacidad regulatoria para prever los impactos específicos de los compromisos⁷³. El

⁶⁹ Vid. MATTOO, A., "Developing Countries in the New Round of GATS Negotiations: Towards a Pro-Active Role", *The World Economy*, vol. 23, 2000, pp. 471-489, p. 476; SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftovers", *op. cit.*, p. 314 ss.; LEE, Y.-S., *Safeguard Measures in World Trade – The Legal Analysis*, 3rd ed., The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2014, p. 108 ss; WTO, WORKING PARTY ON GATS RULES, *Summary of Main Views Expressed by Members on Emergency Safeguard Measures*, Note by the Secretariat, Doc. JOB (06)/165, 2 June 2006.

⁷⁰ Vid. SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Safeguards, Subsidies, and Government Procurement", *op. cit.*, p. 327. Señala “*In mode 3, the situation is even more complex since the transaction involves the establishment of the service supplier in the importing country. There is a dual dimension to the “importation” issue: the establishment of a commercial presence in a host country, and the sales or domestic operations of the established foreign supplier. The former may be dealt with via a limitation on foreign investment, but the latter cannot be conceptually considered as an “import.” As regards mode 4, the application of the concept of “import” to movement of persons appears rather incongruous. One could, however, argue that the use of an economic needs test represents a form of safeguard measure, since it relates directly to the capacity of the host country to absorb the additional entry of foreign personnel.*”

⁷¹ *Ibid.*, en p. 327, 337.

⁷² Vid. MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Looking Ahead", en MATTOO, A. Y SAUVE, P. (eds.), *Domestic Regulation and Services Trade Liberalization*, Oxford University Press and World Bank 2003, pp. 221-230.

⁷³ Para ver una apreciación crítica de este argumentos, *vid.* PIEROLA, F., "A safeguards regime for services", en PANIZZÓN, M., POHL, N., et al. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, *World Trade Forum* Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 434-465, p. 439. Comenta que “*it may be argued that it makes little sense to use safeguards to counter the adverse effects of increased*

otro argumento es que el MSU puede ayudar a una mayor liberalización de los servicios, ya que reduce el riesgo que asumen los PED en los compromisos y que se puede proteger temporalmente a los proveedores de servicios nacionales⁷⁴. En contra se ha señalado por ejemplo que un MSU pondría en entredicho la estabilidad y la previsibilidad de esos compromisos de liberalización que dicen asumirían los proponentes⁷⁵. El reto es buscar el acuerdo para la creación de un MSU idóneo a las especificidades de los servicios y del marco multilateral existente, que encuentre un balance a los diferentes intereses en juego.

La creación de un MSU es avalado por varios PED⁷⁶ y es considerada una tarea pendiente a favor del desarrollo en el marco de las negociaciones de servicios y los PED a favor del MSU argumentan que la ausencia de medidas de salvaguardia actúan como una limitación a la liberalización⁷⁷, ya que en caso de riesgos imprevisibles se podría acudir a este mecanismo y por ende más Miembros estarían dispuestos a contraer mayores compromisos y más liberales⁷⁸. Los proponentes del MSU consideran también que las preocupaciones sobre estadísticas insuficientes son exageradas. El hecho de que los PED frecuentemente tengan insuficiente capacidad regulatoria hace que sea difícil predecir el impacto que las medidas de liberalización específicas puedan tener en sus sectores de servicios y por ende también la importancia del MSU⁷⁹. En relación a la reclamación de los PED de que las medidas de salvaguardias podrían minar compromisos existentes,

competition for domestic industries when encouragement of that competition may have been one of the main reasons of adopting a policy of trade liberalization..."

⁷⁴ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Medidas de Salvaguardia Urgentes previstas en el Artículo X*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/W/1, 6 de julio 1995, párr. 8, y más recientemente OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 25 de febrero de 2014*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/83, 17 de abril 2014, párr. 1.13. Indonesia señalaba que "A juicio de su delegación, había un vínculo innegable entre una medida de salvaguardia urgente y la liberalización. Una MSU desempeñaba una función esencial al alentar a los gobiernos a contraer compromisos más profundos, sabiendo que, de ser necesario, podrían proteger temporalmente a sus proveedores de servicios nacionales que no pudieran competir ante un incremento súbito de las importaciones."

⁷⁵ Ver la posición de Canadá en PIEROLA, F., "A safeguards regime for services", *op. cit.*, párr. 1.17.

⁷⁶ Actualmente el Grupo Amigos de las MSU, autor de la propuesta sobre salvaguardias urgentes en el sector de los servicios del 2007, está constituido por las siguientes delegaciones: Brunei Darussalam, Camboya, Filipinas, Indonesia, Malasia, Myanmar, Tailandia y Viet Nam. Recién se ha incorporado al grupo la República Democrática Popular Lao (signataria de la ASEAN). Singapur no formó parte de la propuesta del 2007.

⁷⁷ Vid. PANAGARIYA, A., "The Millennium Round and Developing Countries: Negotiating Strategies and Areas of Benefits", *G-24 Discussion Paper Series, No. 1*, UNCTAD (ed.), UNCTAD/GDS/MDPB/G24/1, March, New York and Geneva, 2000, p. 15. Ver también : PANAGARIYA, A., "Developing Countries at Doha: A Political Economy Analysis", *The World Economy*, vol. 25, 2002, pp. 1205-1233.

⁷⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Medidas de Salvaguardia Urgentes previstas en el Artículo X*, Doc. S/WPGR/W/1, 1995, *cit.*, párr. 8.

⁷⁹ Vid. GROTE, R., "Article X GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO - Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 234-244, p. 238.

los proponentes consideran que esto se puede prevenir mediante el establecimiento de disciplinas rigurosas en materia de procedimientos de las salvaguardias⁸⁰.

En este contexto para algunos PED, como el grupo “Amigos de las MSU” o antes llamado grupo ASEAN⁸¹, las negociaciones del MSU son una prioridad, éste es la principal fuerza motora de las negociaciones⁸², el único grupo que ha venido presentando propuestas detalladas de una posible estructura del MSU⁸³ y en su comunicación de 2007 presentó un borrador detallado para la creación de un Anexo sobre las medidas de salvaguardias⁸⁴. El grupo África, Caribe y Pacífico también apoya la necesidad de una disposición sobre salvaguardias en el AGCS, sin que hayan presentado una propuesta concreta⁸⁵. En tanto que países como China y Brasil son simpatizantes con la adopción de MSU, pero no muestran un apoyo activo⁸⁶.

Otros PED, si bien han participado periódicamente en las negociaciones, no parecen actualmente estar convencidos con un MSU y dudan sobre su deseabilidad y factibilidad como es el caso de India⁸⁷, Paquistán, China y Sudáfrica entre otros PED. En el caso de la India, ha reafirmado su posición en las negociaciones recientes, considera que la liberalización en el Modo 4 podría verse comprometido con un MSU y señaló su preocupación por la forma de definir el concepto de

⁸⁰ Vid. WTO, "Market Access: Unfinished Business - Post-Uruguay Round Inventory and Issues", *Special Studies No. 6*, May, 2001, p. 119.

⁸¹ Ver la nota 76 arriba. Los Amigos de las MSU son actualmente los integrantes de la ASEAN menos Singapur.

⁸² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 10 de abril de 2006*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/55, 4 de mayo 2006; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 1º de octubre de 2012*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/79, 16 de octubre 2012.

⁸³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Documento conceptual: Elementos de un posible proyecto acordado de normas sobre medidas de salvaguardia urgentes para el comercio de servicios (artículo X del AGCS)*, Comunicación de la ASEAN, Doc. S/WPGR/W/30, 14 de marzo 2000. En el documento JOB(04)/4 en el 2004 presentaron algunas modificaciones, vid. WTO, WORKING PARTY ON GATS RULES, *Communication from Brunei Darussalam, Indonesia, Malaysia, Myanmar, the Philippines and Thailand - Further Thoughts on an Emergency Safeguard Mechanism*, Doc. JOB(04)/4, 24 February 2004. El Grupo de amigos MSU presentó en el 2012 una recopilación de sus propuestas y posiciones desde 1995, vid. WTO, WORKING PARTY ON GATS RULES, *Communication from Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Malaysia, Myanmar, the Philippines, Thailand and Viet Nam - Documentation guide and summary of core elements contained in documents related - Revision*, Doc. RD/SERV/79/Rev.1, 4 December 2012.

⁸⁴ Vid. WTO, WORKING PARTY ON GATS RULES, *Communication from Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Malaysia, Myanmar, the Philippines, Thailand and Viet Nam - (Draft) Annex on Article X Emergency Safeguard Measures*, Doc. JOB(07)/155, 19 October 2007.

⁸⁵ Vid. KULKARNI, P., "Emergency Safeguard Measures in GATS: Policy Options for South Asia", en CHIMNI, B. S., DAS, B. L., et al. (eds.), *South Asian yearbook of trade and development, 2006 - Multilateralism at cross-roads: reaffirming development priorities*, New Delhi, CENTAD and Wiley India, 2007, pp. 249-290, p. 259.

⁸⁶ Vid. CLOGSTOUN, R., TREWIN, R. Y BOSWORT, M., "Would Emergency Safeguard Measures Work for Services?", *Asia Pacific Economic Literature*, vol. 20, no. 2, 2006, pp. 56-57.

⁸⁷ En el caso de India, en Junio de 2006 presentó claramente su nueva posición de oposición al MSU, basándose sobre todo en la cuestiones de la operacionalidad del mecanismo. Vid. KULKARNI, P., "Emergency Safeguard Measures in GATS: Policy Options for South Asia", *op. cit.*, p. 259.

“considerable efecto desfavorable” y cómo se iban a subsanar las deficiencias de las estadísticas⁸⁸, también comentó que la concepción de un MSU y su aplicación en los servicios presentaba muchas dificultades y que no estaba convencida de la conveniencia del mecanismo aunque estaba abierta a los debates⁸⁹.

El grupo de los PD, principalmente Miembros de la OCDE, liderados por EEUU y la UE, se oponen a introducir un MSU, argumentan que los listados del AGCS ya contienen cláusulas semejantes a las salvaguardias, mediante el uso de limitaciones y requerimientos tales como las PNEs, cuotas y exclusión de subsectores⁹⁰. La flexibilidad que otorga el AGCS es considerada como suficiente para resolver el problema de perjuicio doméstico⁹¹ y plantean que un MSU podría socavar la estabilidad de los compromisos vigentes. Los Miembros además pueden modificar o retirar los compromisos de forma total o parcial⁹² y también está prevista la posibilidad de acudir a las excepciones generales y establecer medidas correctivas en situaciones de emergencia, relacionadas con graves dificultades financieras exteriores o de balanza de pagos⁹³, por lo que en el marco del AGCS los argumentos a favor del MSU son menos convincentes⁹⁴. Por ello argumenta por ejemplo la UE que no sorprende que los proponentes del mecanismo no hayan presentado ejemplos concretos en donde sea aplicable un MSU en el marco del AGCS⁹⁵. Además consideran que podría minar el deseo de los Miembros de realizar evaluaciones sectoriales serias antes de realizar los compromisos y hacer uso de las flexibilidades existentes del AGCS⁹⁶. En particular la

⁸⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 25 de febrero de 2014*, Doc. S/WPGR/M/83, 2014, *cit.*, párr. 1.19.

⁸⁹ También hizo referencia a que surgía la pregunta de cómo asegurar que la MSU no se utilizara para proteger a las partes interesadas nacionales y que el carácter intangible de los servicios hacía que probablemente no se prestara a la aplicación de un MSU. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 18 de septiembre de 2014*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/85, 5 de noviembre 2014, párr. 1.12.

⁹⁰ Vid. PANAGARIYA, A., "Developing Countries at Doha: A Political Economy Analysis", *op. cit.*

⁹¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Medidas de Salvaguardia Urgentes previstas en el Artículo X*, Doc. S/WPGR/W/1, 1995, *cit.*, y por ejemplo la posición de Suiza en OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 20 de junio de 2005*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/52, 7 de septiembre 2005, párr. 32.

⁹² El argumento de la UE también está dirigido hacia la aplicación del art. XXI del AGCS. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Posibilidad de aplicar medidas de salvaguardia urgentes en el marco del AGCS*, Doc. S/WPGR/W/41, 3 de marzo 2003, párr. 2 y 3.

⁹³ Ver los art. XII sobre restricciones para proteger la balanza de pagos, y también los arts. XIV y XIV bis sobre excepciones generales y excepciones relativas a la seguridad, respectivamente.

⁹⁴ Vid. MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "What are the Main Challenges for the GATS Framework? Don't Talk About Revolution", *European Business Organization Law Review*, vol. 5, no. 3, 2004, pp. 511-562, p. 511.

⁹⁵ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Posibilidad de aplicar medidas de salvaguardia urgentes en el marco del AGCS*, Doc. S/WPGR/W/41, 2003, *cit.*, párr. 2 y 3.

⁹⁶ Vid. KULKARNI, P., "Emergency Safeguard Measures in GATS: Policy Options for South Asia", *op. cit.*, en p. 257.

posición de los EEUU es de enfocarse en la flexibilidad del AGCS⁹⁷ y cuestionar también seriamente la deseabilidad y viabilidad del MSU⁹⁸. Es interesante, como menciona LEE⁹⁹, apreciar la “irónica diferencia” en la posición de los EEUU en las negociaciones del GATT donde dirigía sus esfuerzos para la adopción del art. XIX, basados en la existencia de sus cláusulas de escape legislativas, y la cuando menos reserva que mantienen en las negociaciones actuales del AGCS en la adopción del MSU .

A esto se agregan los problemas de diseño y aplicabilidad de un MSU horizontal en todos los modos de servicios, este modelo basado en el mecanismo de salvaguardias de bienes se ha criticado ampliamente por no ser directamente aplicable al sector de los servicios¹⁰⁰. El amplio consenso es que los elementos del mecanismo de salvaguardias de bienes deben ser cuando menos adoptados para las particularidades de los servicios¹⁰¹. Prevalecen importantes problemas conceptuales para la aplicación del mecanismo, tales como la definición de “rama de producción nacional”¹⁰² o “industria doméstica” aplicable para las salvaguardias, “servicios similares”, la valoración del aumento de las importaciones y la demostración y valoración del daño, la relación causal, entre otras¹⁰³.

⁹⁷ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de los Estados Unidos - Medidas de salvaguardia urgentes*, Doc. S/WPGR/W/17, 13 de marzo 1997, párr. 4–5

⁹⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 21 de junio de 2006*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/56, 4 de julio 2006, p. 4; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de los Estados Unidos - Conveniencia de un mecanismo de salvaguardia en la esfera de los servicios: Promoción de la liberalización del comercio de servicios*, Doc. S/WPGR/W/37, 2 de octubre 2001.

⁹⁹ Vid. LEE, Y.-S., *Safeguard Measures in World Trade – The Legal Analysis*, *op. cit.*, p 184.

¹⁰⁰ Como señalan JARA Y DOMINGUEZ, el AGCS tiene diferentes modos de suministro e incluye diversos sectores, por lo que técnicamente es difícil ver el encaje de un enfoque general para todos los casos en los que se cause un perjuicio como resultado de los compromisos de servicios. En particular es difícil ver cómo encajaría en los Modos 2 y 3, y en el Modo 4 por ejemplo ya se utilizan PNE como válvula de seguridad en sus compromisos en algunos sectores como el financiero por ejemplo, donde ya existe una excepción (“*carve out*”) de salvaguardia (medidas prudenciales). Las limitaciones horizontales también pueden actuar como medidas de protección frente a contingencias. Vid. JARA, A. Y DOMINGUEZ, M. D. C., “Liberalization of Trade in Services and Trade Negotiations”, *op. cit.*, p. 117, 126. Vid. también PIEROLA, F., “A safeguards regime for services”, *op. cit.*, en p. 462. SAUVÉ, P., “Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftovers”, *op. cit.*, pp. 311–313; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 10 de abril de 2006*, Doc. S/WPGR/M/55, 2006, *cit.*, párr. 12.

¹⁰¹ Vid. GROTE, R., “Article X GATS”, *op. cit.*, p. 239.

¹⁰² Por ejemplo, recientemente los debates de los Miembros se centraron en determinar cómo podrían utilizarse los criterios de territorio, registro, y propiedad y control, la propuesta el Grupo ASEAN del 2007 (apéndice A del documento JOB(07)/155), para definir “rama de producción nacional” en el ámbito de los servicios. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 20 de marzo de 2013*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/80, 24 de mayo 2013.

¹⁰³ Señalaba el representante de Malasia en el 2014 “Era frustrante ver cómo todavía no se había podido llegar a un acuerdo sobre la definición de conceptos esenciales, como la rama de producción nacional, la determinación de la existencia de daño, los derechos adquiridos de los proveedores extranjeros de servicios en el Modo 3 o la imposición de restricciones a los nuevos competidores extranjeros. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 25 de febrero de 2014*, Doc. S/WPGR/M/83, 2014, *cit.*, párr. 1.12.

Junto con la falta de estadísticas suficientes que permita por ejemplo determinar el criterio de daño a pesar de los avances realizados en los últimos años.

La principal propuesta del MSU del 2007 presenta el modelo basado en el mecanismo del GATT, de tipo horizontal, que como se ha mencionado es bastante cuestionable¹⁰⁴, sin embargo esta propuesta sigue siendo de especial interés y en base a ella se han desarrollado los posteriores debates técnicos y conceptuales en las negociaciones¹⁰⁵. La propuesta señala que el Miembro puede establecer medidas de salvaguardia urgentes en sectores de servicios con compromisos, si el Miembro determina que proveedores de servicios domésticos experimentan condiciones de mercado que resultan o resultarían en serios daños a estos proveedores o amenazan seriamente la viabilidad de una industria doméstica¹⁰⁶. Para ello enumera un número de factores indicativos que la autoridad investigadora del Miembro que quiere aplicar una medida de salvaguardia puede usar para establecer la evidencia de un daño o probable daño¹⁰⁷. Algunas de las principales críticas se refieren al hecho de que las situaciones en las cuales se puede aplicar una medida de salvaguardia son definidas de forma amplia, por lo que se puede prestar a abusos del mecanismo. Además los Miembros tienen una amplia libertad en la selección de los factores a tomar en cuenta para determinar el daño, lo que es un problema, vinculado a la insuficiencia de datos estadísticos disponibles. No se han logrado aclarar conceptos tales como “servicios importados” y “servicios similares”.

La propuesta por otro lado plantea de forma adecuada límites de duración para que las salvaguardias sean temporales (3 años) y que no se podrá aplicar una medida en el mismo sector dentro de los dos siguientes años. No se establece una compensación a Miembros afectados con la medida de salvaguardia, en su lugar se da el derecho a los Miembros de suspender niveles sustancialmente equivalentes de compromisos específicos. En relación a las medidas de salvaguardia contra los PED, se proponen condiciones especiales que son especialmente

¹⁰⁴ Para un estudio más detallado sobre la necesidad de una MSU en servicios, así como una discusión sobre la aplicabilidad de los conceptos de salvaguardias generales de conformidad con el Acuerdo de Salvaguardias del GATT ver LEE, Y.-S., *Safeguard Measures in World Trade – The Legal Analysis*, op. cit., p. 186-201.

¹⁰⁵ Los proponentes del MSU recordaron que en la comunicación de 2007 habían propuesto normas para la aplicación de una cláusula de salvaguardia en el contexto nacional de los Miembros, no un mecanismo completo, único para todos los casos. Preveía normas para establecer un mecanismo de salvaguardia de urgencia en los marcos nacionales de los Miembros. En las normas propuestas se estipulaba que, para conceder un permiso, los Miembros tendrían que cumplir determinadas disciplinas y parámetros *Vid. S/WPGR/24* 29 de octubre de 2013, *S/WPGR/M/80* mayo 2013, párr. 1.5

¹⁰⁶ *Vid. Doc JOB(07)/155*, Annex on article X, párr. 2

¹⁰⁷ *Vid. Doc JOB(07)/155*, Annex on article X, párr. 3 Los factores indicados son aumento sustancial de importaciones, reducción en el empleo, fuerte reducción en el número de proveedores domésticos, pérdida o abrupta persistente de la cuota del mercado, bajada de precios asociada a la saturación del mercado, valores consistentes de ingreso negativo neto de la industria doméstica, bajada importante en las ganancias, retornos sobre la inversión o flujo de caja, reducción de las ventas, reduce la posibilidad de conseguir capital o inversiones y un nivel reducido de uso de capital o capacidades.

bienvenidas, ya que si las exportaciones de servicios del PED hacia el Miembros que impondría la medida no exceden un cierto porcentaje mínimo del total de servicios prestados en el sector o subsector relevante, no se podrán imponer las medidas de salvaguardia contra este PED. Por otro lado, el tiempo máximo de aplicación de la medida que puede imponer un PED se amplía a 5 años, y los PMA podrían imponer medidas compensatorias hasta por 6 años¹⁰⁸.

La complejidad de las negociaciones se aprecia especialmente al revisar la situación más reciente de la Ronda, donde las negociaciones para alcanzar un texto se han estancado, enfocándose esencialmente en establecer qué estadísticas nacionales estarían disponibles y adecuadas con relación a las medidas de salvaguardias, y en la definición de “industria nacional” y “rama de producción nacional”¹⁰⁹. Los proponentes del MSU por su parte intentan que se comiencen a evaluar los elementos centrales de su propuesta para un MSU, considerando la evolución de las negociaciones¹¹⁰. En la reunión de junio de 2013, los proponentes sugirieron que se iniciara un debate técnico específico sobre las disposiciones relativas a medidas de salvaguardia urgentes contenidas en ACR que permitiría a los Miembros, particularmente a los signatarios de acuerdos que establecieron disposiciones de esa índole, intercambiar sus experiencias al respecto¹¹¹. El debate se está desarrollando en base a una actualización de la lista preparada por la Secretaría de la OMC con las disposiciones en materia de salvaguardias aplicables al CIS recopiladas de los ACR

¹⁰⁸ Para un análisis más detallado de la propuesta del Grupo de ASEAN sobre un MSU, *vid.* GROTE, R., "Article X GATS", *op. cit.*, p. 242–243; KULKARNI, P., "Emergency Safeguard Measures in GATS: Policy Options for South Asia", *op. cit.*, p. 269–270.

¹⁰⁹ Los aspectos conceptuales discutidos en los últimos años incluyen la definición de “industria doméstica” como aplicarlo en el MSU recolección y uso de estadísticas en el CIS, estudios sobre los indicadores y criterios para la determinación de la existencia del daño grave, y la "relación de causalidad" entre el incremento súbito del volumen de las importaciones de servicios y el daño grave a la rama de producción nacional. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2012)*, Doc. S/WPGR/23, 2012, *cit.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/21, 2011, *cit.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2010)*, Doc. S/WPGR/20, 8 de noviembre 2010.

¹¹⁰ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2012)*, Doc. S/WPGR/23, 2012, *cit.*, p. 1. Además *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Negociaciones de conformidad con el artículo X del AGCS - Elementos centrales que figuran en los documentos sobre medidas de salvaguardia urgentes - Guía de la documentación*, Nota de la Secretaría, Doc. JOB/SERV/106, 22 de junio 2012. En el 2012 los proponentes de las medidas de salvaguardias urgentes presentaron una versión revisada del documento, en el que se recopilaban sus propuestas y posiciones desde 1995, y consideran que éste puede servir como referencia y punto de partida para posibles trabajos futuros. *Vid.* WTO, WORKING PARTY ON GATS RULES, *Communication from Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Malaysia, Myanmar, the Philippines, Thailand and Viet Nam - Documentation guide and summary of core elements contained in documents related - Revision*, Doc. RD/SERV/79/Rev.1, 2012, *cit.*

¹¹¹ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Ejemplos de situaciones en las que podrían aplicarse medidas de salvaguardia urgentes*, Doc. S/WPGR/W/24, 3 de septiembre 1997.

notificados a la OMC¹¹². Si bien estos debates han llevado a reconocer ciertos conceptos y elementos sobre salvaguardias aplicados en el ámbito regional, como por ejemplo varias disposiciones sobre medidas de salvaguardia urgentes contenidas en varios ACR que podrían tomarse como referencias¹¹³ para avanzar en la creación de un MSU. Varios PD siguen manteniendo sus posiciones reticentes a la factibilidad del MSU, ya que las cuestiones conceptuales técnicas pendientes no han sido reveladas o resueltas con la presentación de los modelos de los ACR¹¹⁴.

El debate por ende no parece haber cambiado mucho ni avanzado en los últimos años a pesar de la insistencia del grupo de ASEAN, hasta la fecha no hay acuerdo siquiera en la necesidad del mecanismo¹¹⁵.

Esta investigación está de acuerdo en que las flexibilidades del AGCS algunas veces no alcanzan a cubrir las dificultades estructurales de varios PED y que el mecanismo de modificación de las listas de compromisos del art. XXI algunas veces no permite respuestas rápidas frente a perturbaciones del mercado en situaciones de emergencia¹¹⁶. Sin embargo, son varios los aspectos pendientes para lograr un MSU, claramente los problemas conceptuales, la falta de ejemplos concretos en los que los proponentes podrían justificar la aplicación de medidas de salvaguardias urgentes en servicios, es un problema relacionado con la necesidad de encontrar una propuesta que se ajuste a las especificidades del CIS. Es necesario crear un mecanismo que se ajuste también a las prioridades de los distintos Miembros como importadores y exportadores de servicios¹¹⁷ y tome en

¹¹² Nota informativa actualizada en la que se presenta una lista refundida de disposiciones en materia de salvaguardias y relacionadas con las salvaguardias aplicables al comercio de servicios que figuran en unos 122 ACR notificados a la OMC con arreglo al párrafo 7 del artículo V del AGCS. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Disposiciones en materia de salvaguardias en los acuerdos de integración económica - Lista refundida a 31 de julio de 2014 basada en las notificaciones presentadas a la OMC en virtud del Artículo V del AGCS*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/W/64, 4 de septiembre 2014.

¹¹³ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de Brunei Darussalam, Camboya, Filipinas, Indonesia, Malasia, Myanmar, Tailandia y Viet Nam - Medidas de salvaguardia urgentes (MSU) en los acuerdos comerciales regionales y bilaterales - Propuesta de debate específico*, Doc. JOB/SERV/163, 18 de octubre 2013. Ver también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2013)*, Doc. S/WPGR/24, 29 de octubre 2013, OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2014)*, Doc. S/WPGR/25, 2014, *cit.*

¹¹⁴ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 18 de septiembre de 2014*, Doc. S/WPGR/M/85, 2014, *cit.*, párr. 1.10 y 1.11.

¹¹⁵ *Vid.* JARA, A. Y DOMINGUEZ, M. D. C., "Liberalization of Trade in Services and Trade Negotiations", *op. cit.*, p. 126 ; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 18 de septiembre de 2014*, Doc. S/WPGR/M/85, 2014, *cit.*

¹¹⁶ *Vid.* GROTE, R., "Article X GATS", *op. cit.*, p. 238.

¹¹⁷ PIEROLA comenta que la deseabilidad del MSU debe tomar en cuenta las repercusiones para los PED desde estas distintas posiciones. Se deben analizar los sectores y modos, en particular en relación a los compromisos de cada uno de los Miembros. El Mecanismo puede proteger a las empresas medianas y pequeñas, pero a la vez puede obstaculizar el movimiento de personas naturales a mercados extranjeros. PIEROLA, F., "A safeguards regime for services", *op. cit.*, p. 460.

cuenta los desarrollos de los ACR, por ejemplo algunos de ellos establecen la posibilidad de adoptar el MSU multilateral cuando este se haya adoptado¹¹⁸.

Parece haberse aceptado en términos generales que no es posible ni deseable un MSU basado en el del GATT¹¹⁹, pero se ha discutido sobre otros posibles enfoques¹²⁰ como el Modal¹²¹ o un enfoque de inclusión de salvaguardias en los listados de compromisos propuesto por los EEUU¹²². Una de las principales razones para la creación de un MSU es la falta de capacidad regulatoria de algunos PED para afrontar las situaciones urgentes emergentes en sus industrias nacionales de servicios. Pero como se ha hecho notar, la capacidad regulatoria también es un requisito para aplicar un MSU, muchos PED aún no han incorporado normas para iniciar salvaguardias comerciales en bienes, y ningún PMA ha usado este tipo de medidas¹²³.

Dada la complejidad del CIS, que deja poco alcance para salvaguardias del tipo GATT en servicios, una posibilidad es acordar un arreglo transitorio que permitiera la suspensión de nuevos compromisos durante la fase de implementación, que podría alentar una liberalización más ambiciosa en el AGCS¹²⁴. Otra propuestas interesante desde el punto de vista de los proponentes de nuevas normas de salvaguardia en servicios, es buscar una alternativa del modelo de salvaguardias

¹¹⁸ Por ejemplo el art. 9 del acuerdo ASEAN-China sobre comercio de servicios establece "The parties note the multilateral negotiations pursuant to art. X of the GATS on the question of emergency safeguard measures based on the principle of non-discrimination. Upon the conclusion to such multilateral negotiations, the parties shall conduct a review for the purpose of discussing appropriate amendments to this Agreement so as to incorporate the results of such multilateral negotiations". Vid. YU, Y., "China's Adopting Emergency Safeguard Measures for Services: A Political Economy Analysis", *Asian Journal of WTO & International Health Law And Policy*, vol. 6 2011, pp. 429-454; ASEAN-CHINA, Agreement on Trade in Goods of the Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation between ASEAN and the People's Republic of China, 21 november 2004.

¹¹⁹ Sobre un MSU horizontal ver la propuesta del grupo ASEAN: OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Documento conceptual: Elementos de un posible proyecto acordado de normas sobre medidas de salvaguardia urgentes para el comercio de servicios (artículo X del AGCS)*, Doc. S/WPGR/W/30, 2000, *cit.*, y las modificaciones del 2004: WTO, WORKING PARTY ON GATS RULES, *Communication from Brunei Darussalam, Indonesia, Malaysia, Myanmar, the Philippines and Thailand - Further Thoughts on an Emergency Safeguard Mechanism*, Doc. JOB(04)/4, 2004, *cit.* Dadas las dificultades técnicas, no se ha continuado la negociación basada en esta propuesta. Vid. KULKARNI, P., "Emergency Safeguard Measures in GATS: Policy Options for South Asia", *op. cit.*, p. 269. Sin embargo, MARCONINI a pesar de plantear otras posibilidades parece volver a una propuesta de MSU horizontal. Vid. MARCONINI, M., "Emergency Safeguard Measures in the GATS: Beyond Feasible and Desirable", UNCTAD, UNCTAD/DITC/TNCD/2005/4, 16 March, 2005.

¹²⁰ Para un estudio más detallado de otros posibles enfoques que se incorporen en un MSU, *vid.* KULKARNI, P., "Emergency Safeguard Measures in GATS: Policy Options for South Asia", *op. cit.*, p. 270-272.

¹²¹ Vid. MARCONINI, M., "Emergency Safeguard Measures in the GATS: Beyond Feasible and Desirable", *op. cit.*, p. 13-15.

¹²² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de los Estados Unidos - Medidas de salvaguardia urgentes*, Doc. S/WPGR/W/17, 1997, *cit.* Sin embargo, el grupo ASEAN cuestionó este enfoque, constatando que conllevaría un pre-juzgamiento de la naturaleza del daño.

¹²³ Vid. KULKARNI, P., "Emergency Safeguard Measures in GATS: Policy Options for South Asia", *op. cit.*, p. 271.

¹²⁴ Vid. ADLUNG, R., "Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services: a Never-ending Story?", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 2, 2007, pp. 235-265.

en bienes, como puede ser la creación de un mecanismo similar que el del art. XXI del AGCS sobre modificación de las listas de compromisos, lo que simplificaría la modificación o retirada de compromisos, permitiendo una compensación que podría incluso aplicarse retroactivamente a la fecha de establecimiento del mecanismo de salvaguardias¹²⁵.

2. Negociación sobre Subvenciones

El art. XV del AGCS reconoce que las subvenciones pueden en ciertas circunstancias crear efectos de distorsión en el CIS, y hace un llamamiento para que se desarrollen negociaciones a fin de establecer disciplinas multilaterales que eviten dichos efectos negativos¹²⁶. Cabe señalar que en la elaboración de las disciplinas los requerimientos e intereses de los PED son, por lo menos en la teoría, prioritarios. Así, el AGCS reconoce que las subvenciones pueden tener una función especial en los PED, en relación a los programas de desarrollo de estos países, y que esto se tendrá en cuenta para establecer una necesaria flexibilidad en las disciplinas. También se ha comentado que un resultado deseable en las negociaciones de subsidios conllevaría asegurar la libertad para usar subvenciones, cuando ellas sean el instrumento más apropiado para alcanzar los legítimos objetivos económicos o sociales¹²⁷.

Como las negociaciones no han tenido ningún avance sustancial, los negociadores se han estancado básicamente en la definición de subvenciones en servicios y en la identificación de las subvenciones que existen en la práctica en el sector de servicios, a fin de determinar en qué circunstancias las subvenciones pueden resultar en efectos perjudiciales al CIS¹²⁸. Esto parece deberse, entre otros factores¹²⁹, a la preferencia de los PD en mantener el *statu quo* en relación a las

¹²⁵ Vid. PIEROLA, F., "A safeguards regime for services", *op. cit.*, p. 460.

¹²⁶ Ver en relación al análisis del art. XV el Capítulo Tercero II B. 1 e sobre el art. XV del AGCS en relación a las subvenciones. El art. XV del AGCS dispone: "[...] los Miembros reconocen que, en determinadas circunstancias, las subvenciones pueden tener efectos de distorsión del comercio de servicios. Los Miembros entablarán negociaciones con miras a elaborar las disciplinas multilaterales necesarias para evitar esos efectos de distorsión. En las negociaciones se examinará también la procedencia de establecer procedimientos compensatorios. En tales negociaciones se reconocerá la función de las subvenciones en relación con los programas de desarrollo de los países en desarrollo y se tendrá en cuenta la necesidad de los Miembros, en particular de los Miembros que sean países en desarrollo, de que haya flexibilidad en esta esfera. A efectos de esas negociaciones, los Miembros intercambiarán información sobre todas las subvenciones relacionadas con el comercio de servicios que otorguen a los proveedores nacionales de servicios."

¹²⁷ Vid. HOEKMAN, B., MATTOO, A. Y ENGLISH, P., *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington, DC, World Bank, 2002, p 219; MATTOO, A., "Developing Countries in the New Round of GATS Negotiations: Towards a Pro-Active Role", *op. cit.*

¹²⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación del Perú - Salvaguardias de Emergencia*, Doc. S/WPGR/W/23, 21 de agosto 1997, *vid.* también ADLUNG, R., "Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services: a Never-ending Story?", *op. cit.*

¹²⁹ Dentro de ellos, la naturaleza específica del CIS, en particular las características de los cuatro modos de suministro y los valores sociales de ciertos sectores de servicios como la educación, servicios culturales o servicios de salud. Por ende un servicio público (que no es considerado como un servicio

disciplinas multilaterales sobre subsidios en servicios, según DELIMATSIIS Y SAUVÉ en relación a la situación actual de las negociaciones “*this would appear to reflect a clearly revealed policy preference for regulatory inaction on the part of those WTO Members with the deepest pockets*”¹³⁰.

En este contexto es complicado valorar la relación de las negociaciones con los intereses y participación de los PED, el análisis se ha realizado por ende considerando las principales dificultades encontradas en el progreso de las negociaciones, las cuales se centran en los siguientes ámbitos: las investigaciones sobre las subvenciones aplicadas que distorsionan el CIS; cuándo y qué medidas en concreto ocasionan una distorsión y por ende deberían ser disciplinadas. Esta premisa está ligada a otro elemento del mandato que es el intercambio de información entre los Miembros sobre las subvenciones que otorguen, que están relacionadas con el CIS. El avance ha sido incluso menor en relación a la procedencia de los procedimientos compensatorios de las restricciones al comercio a las que se refiere el mandato y la relación de las posibles disciplinas con las cuestiones de desarrollo.

Primero, a fin de entablar las negociaciones y posibles disciplinas, es necesario determinar previamente cuáles son los tipos de restricciones al comercio a las que se refiere el mandato y en qué circunstancias pueden las subvenciones causar dichos efectos distorsionadores al CIS, cuestiones que no han alcanzado a establecer los Miembros hasta ahora. Esta falta de acuerdo puede ser considerado una de las justificaciones principales de la precaución que han mostrado los Miembros para entrar en los aspectos sustantivos de las negociaciones. Es reconocido que antes de empezar a negociar alguna disciplina sobre subvenciones era prioritario determinar si las distorsiones al comercio causadas por las subvenciones son lo suficientemente generalizadas como para justificar la elaboración de normas multilaterales¹³¹. Sin embargo, 15 años de negociación sin deslumbrarse un posible resultado revelan una innegable falta de voluntad política.

Otro aspecto en las negociaciones sin resultados positivos es la obligación del intercambio de información entre los Miembros sobre las subvenciones que otorguen y que estén relacionadas con el CIS. La relación entre este elemento y la determinación de las subvenciones que causan los efectos distorsionadores es inherente, ya que sin la información de los Miembros no es posible conseguir la evidencia de dichas subvenciones y su funcionamiento y por ende establecer la

suministrado en la autoridad gubernamental - art. I:3 b) del AGCS) suele recibir apoyo gubernamental que podrían calificarse como subsidios. *Vid.* AHUJA, R., "Towards developing subsidy disciplines under GATS", Indian Council for Research on International Economic Relations, Working Paper No. 174, 2005, p. 9–11.

¹³⁰ DELIMATSIIS, P. Y SAUVÉ, P., "Financial services trade after the crisis: Policy and legal conjectures", *Journal of International Economic Law*, vol. 13, no. 3, 2010, pp. 837-857, en p. 856. Los autores consideran que la crisis financiera internacional ofrecía una base para reconsiderar el alcance y elementos sustantivos de un posible régimen de subsidios en servicios, el que puede ser horizontal o limitado a un sector específico como los servicios financieros.

¹³¹ SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Safeguards, Subsidies, and Government Procurement", *op. cit.*, p. 332.

conveniencia de las disciplinas en subvenciones. Si se llegara a la conclusión que las restricciones al comercio resultante de los subsidios son relativamente débiles, sería posible que incluso se decida que no vale la pena continuar con las negociaciones¹³².

Un principal problema aún sin resolver para avanzar en estos dos elementos y los aspectos sustantivos es establecer una definición de “subvenciones” para el objetivo del art. XV¹³³. Para ello las deliberaciones partieron de la posibilidad de asumir la definición del art. 1 del Acuerdo SMC sobre mercancías¹³⁴, sin embargo varios Miembros han sugerido que la definición de un subsidio y el alcance de cualquier disciplina relacionada deben ser diferentes de la contenida en el Acuerdo SMC. Se propuso en este sentido un enfoque amplio de la definición de subsidio, que incluya otras formas de intervención del gobierno además de una contribución financiera¹³⁵. De los debates sin embargo no se llegó a un acuerdo sobre si la definición del Acuerdo SMC encajaba exactamente en el contexto de los servicios¹³⁶. Esta falta de acuerdo ha sido causada también por el bloqueo general de las negociaciones y el incumplimiento en el mandato de intercambio de información. A fin de reactivar las negociaciones, Suiza presentó en el 2010 una propuesta de disciplinas sobre las subvenciones a la exportación, en base a esta propuesta se mantuvieron nuevamente debates preliminares sobre el concepto de subvenciones de este tipo en el sector de los servicios y las posibles distorsiones que éstas pueden crear¹³⁷.

¹³² GAUTHIER, G., O'BRIEN, E. Y SPENCER, S., "Déjà Vu, or New Beginning for Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade?", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, DC, Brookings Institution Press, 2000, pp. 165–183, p. 176.

¹³³ Ver el comentario expresado por representante de los Estados Unidos, recordando que los Miembros no habían definido aún en qué consistía una subvención a los servicios, y que por lo tanto resultaba difícil indicar específicamente a los expertos encargados del examen de las políticas comerciales en qué debían centrarse a fin de buscar mayor información sobre las subvenciones. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 20 de junio de 2013*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/81, 20 de agosto 2013, párr. 3.7.

¹³⁴ El art. 1.1 del Acuerdo SMC establece: “A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención: a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo “gobierno”), es decir: i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos); ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales); iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios -que no sean de infraestructura general- o compre bienes; iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos. [...]”

¹³⁵ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de la República de Chile - El Caso de las Subvenciones*, Doc. MTN.GNS/W/10, 2 de abril 1996.

¹³⁶ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 25 de febrero de 2003*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/41, 12 de marzo 2003

¹³⁷ Ver el documento de sala relativa a las disciplinas sobre las subvenciones a la exportación, presentado por la delegación de Suiza, OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Disciplinas sobre subvenciones de conformidad con el artículo XV del AGCS*, Doc. JOB/SERV/36, 2 de diciembre 2010. *Vid.* también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 1º de febrero de 2010*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/67, 23 de abril 2010,

Así en relación al mandato sustantivo de elaborar las disciplinas multilaterales necesarias para evitar efectos de distorsión del comercio de servicios, no se ha acordado el camino a seguir para avanzar en las negociaciones, las posturas se siguen dividiendo entre los Miembros que siguen considerando que es necesario encontrar pruebas concretas de los efectos de distorsiones comerciales causadas por las subvenciones y cómo funcionan en la esfera de servicios, y los Miembros que preferirían empezar con las negociaciones sustantivas¹³⁸. Si bien la mayoría de los Miembros parece estar de acuerdo en que es necesario obtener información más exacta y amplia sobre los posibles o reales efectos de distorsión del comercio de las subvenciones, sigue sin convenir la “identificación de esos efectos de distorsión del comercio debe realizarse antes de que los Miembros se embarquen en nuevos trabajos técnicos o negociaciones”¹³⁹. Como se ha mencionado, algunos Miembros parecen querer iniciar las negociaciones sobre las disciplinas multilaterales en subvenciones, tres PED (India, Chile y México) propusieron elaborar una hoja de ruta para los debates futuros a fin de elaborar posibles disciplinas¹⁴⁰. Sin embargo las negociaciones para la elaboración de disciplinas en subvenciones siguen actualmente paralizadas y solamente se ha retomado en cierta medida la tarea de buscar un mayor intercambio de información en relación a los subsidios en servicios¹⁴¹.

En relación a las negociaciones sobre el intercambio de información del art. XV, la Secretaría preparó al inicio de las negociaciones un cuestionario para los Miembros sobre la forma

párr. 38-43; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2010)*, Doc. S/WPGR/20, 2010, *cit.*, párr. 8.

¹³⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/21, 2011, *cit.*, párr. 11; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2011)*, Doc. S/WPGR/22, 10 de noviembre 2011, párr. 8; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2012)*, Doc. S/WPGR/23, 2012, *cit.*, párr. 4. En el 2011 prosiguieron algunos debates sobre la propuesta de Suiza sobre las subvenciones a la exportación (OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Disciplinas sobre subvenciones de conformidad con el artículo XV del AGCS*, Doc. JOB/SERV/36, 2010, *cit.*) y sobre la comunicación de los Estados Unidos en la que se formulan preguntas a los Miembros sobre ejemplos concretos de efectos de distorsión del comercio, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Artículo XV del AGCS (Subvenciones): Preguntas formuladas por los Estados Unidos a los Miembros*, Comunicación de los Estados Unidos, Doc. S/WPGR/W/59, 28 de mayo 2010.

¹³⁹ OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/21, 2011, *cit.*, párr. 10; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2011)*, Doc. S/WPGR/22, 2011, *cit.*, párr. 8.

¹⁴⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de la India, Chile y México - Propuesta de programa de trabajo para la elaboración de disciplinas sobre las subvenciones*, Doc. JOB/SERV/37, 24 de enero 2011.

¹⁴¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2014)*, Doc. S/WPGR/25, 2014, *cit.*, párr. 3.1.

y disponibilidad de los subsidios, límites temporales posibles y su impacto sobre el CIS¹⁴². La respuesta inicial a esta petición de intercambio de información fue mínima, el cuestionario fue contestado solamente por Noruega, Nueva Zelandia, Hong Kong China, Polonia y Suiza¹⁴³, sin embargo no dieron detalles sobre el efecto que tienen los subsidios sobre el CIS. Los motivos señalados por varios Miembros para no contestar al cuestionario han sido la falta de una definición de subsidios y la carga de trabajo excesiva que representa. Sin embargo, el motivo principal parece ser la falta de disposición de los Miembros de proporcionar información sobre sus regulaciones nacionales en subsidios¹⁴⁴, o el posible interés en mantener las disciplinas multilaterales tal como están. Debido a la falta de notificación de los Miembros durante las negociaciones, la obligación de intercambio de información que deben realizar se ha desarrollado también mediante la revisión por parte de la Secretaría de los Informes de Política Comercial de los Miembros, mediante la elaboración de una Nota que ha sido actualizada periódicamente¹⁴⁵, en base a la cual se realizaron varios debates de negociación. Se identificó tentativamente que existían “subvenciones” (según la definición del Acuerdo SMC) en los sectores de turismo, transporte, audiovisuales y servicios financieros, y que los principales incentivos eran los relacionados con los impuestos¹⁴⁶. Sin

¹⁴² El cuestionario está basado en un cuestionario usado para la notificación de subsidios industriales bajo el art. 25 del Acuerdo SMC, ya que en el art. XV no se define el término “información”. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 27 de abril de 1998*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/16, 10 de junio 1998, párr. 9; PORETTI, P., "Article XV GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 349-366, p. 359.

¹⁴³ *Vid.* respectivamente S/WPGR/W/16/Add.1, S/WPGR/W/16/Add.2, S/WPGR/W/16/Add.3, S/WPGR/W/16/Add.4, S/WPGR/W/16/Add.5. Para un estudio de detalle de la información contenida en las notificaciones, *Vid.* PORETTI, P., *The regulation of subsidies within the General Agreement on Trade in Services of the WTO: problems and prospects*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands; Frederick, MD, Kluwer Law International 2009, p. 61.

¹⁴⁴ JARA, A. Y DOMINGUEZ, M. D. C., "Liberalization of Trade in Services and Trade Negotiations", *op. cit.*, p. 118.

¹⁴⁵ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Subvenciones en los sectores de servicios – Información recogida en los exámenes de las políticas comerciales de la OMC*, Nota documental de la Secretaría, Doc. S/WPGR/W/25, 26 de enero 1998 y sus consecutivos adendas hasta el 2007 (OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Subvenciones en los sectores de servicios – Información recogida en los exámenes de las políticas comerciales de la OMC*, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría – Addendum, Doc. S/WPGR/W/25/Add.5, 27 de marzo 2007). Se reactivó el proceso de información en el 2013 con una actualización de la nota de la Secretaría (OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Subvenciones para los sectores de servicios – Información contenida en la documentación de los exámenes de las políticas comerciales de la OMC*, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría – Addendum, Doc. S/WPGR/W/25/Add.6, 18 de marzo 2013), actualizada por última vez en enero de 2015 (OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Subvenciones para los sectores de servicios – Información contenida en la documentación de los exámenes de las políticas comerciales de la OMC*, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría – Revisión, Doc. S/WPGR/W/25/Add.7/Rev.1, 13 de enero 2015).

¹⁴⁶ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Subvenciones en los sectores de servicios – Información recogida en los exámenes de las políticas comerciales de la OMC*, Doc. S/WPGR/W/25/Add.5, 2007, *cit.*

embargo, no se obtuvo información de los efectos que tenían los programas de subvenciones identificados en relación con el efecto distorsionador al CIS¹⁴⁷.

Un objetivo reciente de la negociación ha sido reactivar el intercambio de información sobre las subvenciones, para ello se estableció una definición de trabajo de “subvenciones en servicios”, a los efectos del intercambio de información¹⁴⁸, y en el 2010 se aprobó el Programa de trabajo para el intercambio de información sobre las subvenciones¹⁴⁹ en base al cual se han venido recibiendo varias notificaciones de los Miembros. Sin embargo, no todas son detalladas respecto a las subvenciones que tienen en los diferentes sectores de los servicios¹⁵⁰, y son necesarias más notificaciones. Si bien los Miembros reconocieron que las discusiones sobre notificaciones les ayudaron a comprender mejor cómo se conceden las subvenciones y los posibles efectos de éstas en el comercio, con todo, los Miembros constataron que había que realizar más análisis sobre los efectos de las subvenciones¹⁵¹.

A partir del 2012, a pesar del estancamiento general, se ha prestado nuevamente atención a la importancia del requerimiento del mandato del art. XV del AGCS del intercambio de información sobre las subvenciones¹⁵². Para ello, a fin de subsanar la falta de facilitación de información de los Miembros, se solicitó a la Secretaría que reuniera información empírica actualizada sobre los programas de subvenciones destinados a los sectores de servicios efectivamente existentes¹⁵³. La

¹⁴⁷ Los proponentes de disciplinas en subvenciones no han logrado mostrar evidencia respecto de los efectos distorsionadores de los subsidios en el CIS. *Vid.* OMC, CONSEJO GENERAL, *Acta de la reunión de los días 17 y 19 de julio de 2000*, Doc. Doc. WT/GC/M/57, 14 de septiembre 2000, párr. 46; también PORETTI, P., "Article XV GATS", *op. cit.*, p. 353.

¹⁴⁸ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Hacia una definición provisional de las subvenciones*, Nota informal del Presidente, Doc. JOB(09)/96, 9 de septiembre 2009.

¹⁴⁹ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Programa de trabajo para el intercambio de información sobre las subvenciones de conformidad con el artículo XV del AGCS*, Nota informal del Presidente, Doc. JOB/SERV/1, 28 de enero 2010.

¹⁵⁰ Se han recibido notificación de 44 Miembros de la OMC según el informe anual del 2010 (Australia; Brasil; Canadá; Chile; China; Colombia; Corea; Estados Unidos; Hong Kong, China; India; Japón; México; Noruega; Nueva Zelandia; Perú; Taipéi Chino; Turquía; y la Unión Europea). *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/21, 2011, *cit.*, párr. 8.

¹⁵¹ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 24 de noviembre de 2010*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/71, 11 de febrero 2011; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/21, 2011, *cit.* Desde que se empezó a ejecutar el Programa de trabajo, se han recibido 18 notificaciones, correspondientes a 44 Miembros de la OMC, distribuido en los documentos JOB/SERV/1/Add.1–Add.12.

¹⁵² El art. XV:1 del AGCS señala “[...] A efectos de esas negociaciones, los Miembros intercambiarán información sobre todas las subvenciones relacionadas con el comercio de servicios que otorguen a los proveedores nacionales de servicios”.

¹⁵³ *Vid.* la serie de documentos OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Subvenciones en los sectores de servicios – Información recogida en los exámenes de las políticas comerciales de la OMC*, Doc. S/WPGR/W/25/Add.5, 2007, *cit.* hasta OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Subvenciones para los sectores de servicios – Información contenida en la*

Secretaría preparó un documento actualizado que contiene las subvenciones en los sectores de servicios, que se estructura en datos empíricos por sectores, basados en los informes de la Secretaría sobre los Exámenes de Política Comercial de los Miembros¹⁵⁴. Este documento puede ayudar a identificar los efectos de dichas distorsiones detectadas en servicios y proveedores de servicios, en consecuencia de las subvenciones¹⁵⁵, sin embargo no aclara en algunos casos las distorsiones al comercio relacionadas con las subvenciones descritas, por lo que se necesitarían mayores estudios para entender los efectos que pueden tener en el comercio¹⁵⁶. Actualmente se está analizando cómo se puede ampliar el contenido de la Nota de antecedentes y recopilar mayor información. Se ha sugerido por ejemplo que se podrían usar también los informes de los gobiernos en el marco del MEPC y las recopilaciones de preguntas y respuestas de los Miembros de la OMC¹⁵⁷.

En relación a la procedencia de establecer un procedimiento de medidas compensatorias, en el marco del WPGR no se ha realizado aún un debate profundo sobre si el AGCS debería contemplar este mecanismo. Sin embargo, parece que en general la percepción es negativa, incluidas las opiniones de varios PED. La Secretaría por su parte destacó al inicio de las negociaciones los problemas de considerar recurrir a la aplicación de medidas compensatorias contra las subvenciones¹⁵⁸. Los estudios relacionados con la viabilidad técnica del mecanismo señalan asimismo las dificultades de su aplicación en el sector de los servicios, basándose fundamentalmente en las características específicas de los servicios y el CIS¹⁵⁹, de allí que otro

documentación de los exámenes de las políticas comerciales de la OMC, Doc. S/WPGR/W/25/Add.7/Rev.1, 2015, *cit.*

¹⁵⁴ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Subvenciones para los sectores de servicios – Información contenida en la documentación de los exámenes de las políticas comerciales de la OMC*, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría – Addendum, Doc. S/WPGR/W/25/Add.7, 17 de abril 2014. Esta versión se caracteriza a diferencia de los otros justamente por “estructurar por sectores de servicios” a los datos empíricos actualizados sobre programas de subvenciones.

¹⁵⁵ EEUU presentó un listado de preguntas a los Miembros y la Secretaría ha planteado que los Miembros presenten mayor información sobre cómo las subvenciones crean efectos distorsionadores en el CIS. Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Mecanismo para hacer efectivo el párrafo 3 del artículo IV del AGCS*, Comunicación de la República de Zambia en nombre del Grupo de PMA, Doc. TN/S/W/59, 28 de marzo 2006

¹⁵⁶ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2014)*, Doc. S/WPGR/25, 2014, *cit.*, párr. 3.1.

¹⁵⁷ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 18 de septiembre de 2014*, Doc. S/WPGR/M/85, 2014, *cit.*, párr. 3.12, 3.13.

¹⁵⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Las subvenciones y el comercio de servicios*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/W/9, 6 de marzo 1996.

¹⁵⁹ Vid. SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Safeguards, Subsidies, and Government Procurement", *op. cit.*, en p. 332. Como comenta SAUVÉ, los problemas para establecer medidas compensatorias en subsidios son los mismos que se presentan en el contexto de las salvaguardias. Esta cuestión se plantea cuando se requieren cumplir las condiciones que establece el Acuerdo sobre SMC en el art. 19 sobre el establecimiento y percepción de derechos compensatorios. Por ende la determinación del daño causado por la subvención será complicado en los Modos 2 y 4, ya que la noción tradicional de

argumento por el que las negociaciones sobre subvenciones en servicios no podían seguir basándose en el Acuerdo SMC. También se ha señalado que dado el potencial impacto de las disciplinas sobre subvenciones en el marco regulatorio nacional, éstas deberían más bien ajustarse a los regímenes regulatorios nacionales e incluir excepciones prudenciales de para ciertas metas de política pública¹⁶⁰.

En relación al rol de los subsidios en el desarrollo de los PED y las necesidades de los PED de una mayor flexibilidad en las futuras disciplinas, es otro de los aspectos considerados expresamente en el mandato del art. XV, al cual no se le ha prestado atención durante las negociaciones¹⁶¹, a pesar de la trascendencia de los subsidios para los PED. La posición de los PED es sin embargo bastante clara, como señalaba PANAGARIYA¹⁶² los PED al inicio de las negociaciones adoptaron la posición de que ellos necesitan flexibilidad en la utilización de los subsidios, a fin de que sus sectores de servicios maduren, por otro lado, consideraban que se debían aplicar disciplinas más estrictas a los PD, tal como sucede con la disciplinas sobre subsidios en el marco del GATT. Los PED son conscientes de la importancia del requerimiento del art. XV de tener en cuenta sus necesidades específicas. En una comunicación temprana, Argentina, Hong Kong y China señalaron que al definir elementos de las disciplinas aplicables a las subvenciones sería necesario tomar en consideración la “flexibilidad para los países en desarrollo y menos adelantados Miembros”¹⁶³. Se ha comentado también que el TED para los PED en futuras disciplinas de subsidios en servicios es compatible con la meta más amplia de evitar subsidios que distorsionan el CIS, esto se debe a que los PED en su mayoría siguen sin ser principales actores en

importaciones no se aplica fácilmente. En relación al Modo 1 puede haber problemas relacionados con los datos y mediciones y el problema en relación a la definición de “servicios y proveedores de servicios similares” y dificultades prácticas de implementación, especialmente en relación a los servicios electrónicos. En el caso de los subsidios, los problemas son mayores por la necesidad de medir la extensión de los subsidios. Sobre las dificultades técnicas de un procedimiento de medidas compensatorias en relación a las subvenciones, *vid.* también BENITAH, M., "Working Paper on Subsidies, Services and Sustainable Development", ICTSD, marzo 2003, 2003. PORETTI analiza las dificultades del mecanismo tanto en relación al proceso de investigación como en la implementación, *vid.* PORETTI, P., *The regulation of subsidies within the General Agreement on Trade in Services of the WTO: problems and prospects*, *op. cit.*, p. 182 ss.

¹⁶⁰ HORLICK, G. N. Y CLARKE, P. A., "WTO Subsidies Discipline During and after the Crisis", *Journal of International Economic Law*, vol. 13, no. 3, 2010, pp. 859-874, p. 872.

¹⁶¹ PORETTI, P., *The regulation of subsidies within the General Agreement on Trade in Services of the WTO: problems and prospects*, *op. cit.*, p. 22. Cabe recordar que las tres categorías de subsidios con efecto distorsionador al CI identificados son *export-enhancing*, *import-displacing*, e *invest-diverting (or attracting)*, a decir subsidios a la exportación, subsidios a la importación y subsidios a las inversiones. *Vid.* ABUGATAS, M., "Towards Disciplines on Subsidies on Agreements to Liberalize Trade in Services", Report prepared for the CRNM/IDB, 2002.

¹⁶² *Vid.* PANAGARIYA, A., "The Millennium Round and Developing Countries: Negotiating Strategies and Areas of Benefits", *op. cit.*, p. 29.

¹⁶³ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de la Argentina y Hong Kong, China - Elaboración de disciplinas multilaterales aplicables a las subvenciones que tienen efectos de distorsión del comercio de servicios*, Doc. S/WPGR/W/31, 16 de marzo 2009, párr. 10.

el CIS, por lo que la potencial distorsión causada por los subsidios de servicios sigue siendo bastante baja¹⁶⁴.

Las disciplinas sobre subvenciones que se convengan en las negociaciones deberán ser flexibles respecto de los PED, el reconocimiento de dicha flexibilidad, implicaría en la práctica una mayor permisibilidad en la aplicación de subvenciones que realicen los PED, reconociendo la importancia de los programas específicos de desarrollo. Como comenta PORETTI, las futuras disciplinas que se acuerden sobre subvenciones, incluiría la flexibilidad que podría tomar la forma de un TED o la aplicación de plazos especiales para la implementación y excepciones de algunas disciplinas, siguiendo los criterios generales de flexibilidad del AGCS y tomando como referencia el art. 27 del Acuerdo SMC de la OMC. Otra posibilidad es establecer una categoría amplia de subsidios de servicios no sancionables, tal como han planteado varios PED en el contexto de los subsidios de bienes¹⁶⁵. Sin embargo para conocer el alcance final, se tendrá que esperar a los resultados de las negociaciones.

Por otro lado, si bien es notoria la importancia del derecho de los Miembros de aplicar subsidios (que justificadamente beneficien al desarrollo) y parece aceptarse que esta debería reflejarse de las disciplinas, se debe recordar que el rol de los subsidios en el desarrollo económico en general sigue siendo controversial, por lo que la solución a los posible efectos negativos de los servicios no completa con una mayor flexibilidad. Durante los debates de las negociaciones sobre subsidios, se ha cuestionado el sentido del art. XV y varios PED han planteado que es necesario que los PD disminuyan sus subvenciones a sus exportaciones que distorsionen el comercio y la competencia. Sin embargo, los sectores de servicios de los PD con subvenciones suelen ser sectores sensibles como educación o energía¹⁶⁶.

Esta situación está relacionada con la constatación de que conservar tal cual como está el marco multilateral de las subvenciones en relación a los servicios no es una opción idónea para los PED, especialmente por la falta de disciplinas efectivas sobre subsidios en el AGCS¹⁶⁷ y la limitada

¹⁶⁴ Vid. PORETTI, P., *The regulation of subsidies within the General Agreement on Trade in Services of the WTO: problems and prospects*, op. cit., p. 209-210.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pp. 211-212.

¹⁶⁶ Vid. MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, The Netherlands, Kluwer, Law & Business, 2010, p. 331.

¹⁶⁷ Destacan por su falta de eficacia en relación a los subsidios, la disposición sobre NMF (art. II) y la posibilidad de señalar reservas temporales en su aplicación, el carácter condicional de las disposiciones sobre TN (art. XVIII), sobre monopolios y proveedores de servicios exclusivos (art. VIII) y el instrumento de reclamaciones en los casos en que no existe infracción (art. XXIII(3) sobre *non violation complaint*). Además, dado el bajo nivel de liberalización consolidada, los efectos disciplinarios de las disposiciones son mínimos. Vid. AHUJA, R., "Towards developing subsidy disciplines under GATS", op. cit., p. 7-9; PORETTI, P., *The regulation of subsidies within the General Agreement on Trade in Services of the WTO: problems and prospects*, op. cit. p. 137-138, 175-176.

capacidad de los PED para establecer subvenciones¹⁶⁸. Como se ha mencionado los PED pueden bajo ciertas condiciones obtener beneficios de una liberalización del CIS, para ello el marco multilateral debe establecer reglas que aseguren las mismas condiciones para todos los proveedores de servicios¹⁶⁹.

3. Negociaciones sobre Contratación Pública

La contratación pública es un área de importancia económica y también políticamente sensible¹⁷⁰, por lo que es una cuestión que es tratada con especial cuidado en el marco multilateral¹⁷¹. Si bien se considera que la discriminación en la contratación pública afecta al CI, el esfuerzo de liberalización se ha concentrado en otras barreras más usuales ajenas a la CP, de esta forma en relación a los bienes los gobiernos tienen la posibilidad de discriminar a favor de su industria nacional y de crear cualquier política regulatoria y procedimiento sin importar que pueda afectar a proveedores extranjeros¹⁷².

En el ámbito de los servicios, el AGCS exceptúa a la contratación pública de las disposiciones sobre TN, NMF y AM de conformidad con el art. XIII¹⁷³, esto a pesar que varios estudios económicos han planteado su importancia en flujo del CI¹⁷⁴. En el caso de los PED se ha comentado que el mercado para las compras públicas de servicios es menor de los países de alto ingreso, además poseen menos proveedores nacionales que los países industrializados, la

¹⁶⁸ SAUVÉ señaló "Developing countries should be active demanders of subsidy disciplines in services negotiations given their limited capacity to provide subsidy compared to the developed countries". Vid. SAUVÉ, P., *Open Services Markets Matter* (OECD 2001); disponible en <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sauve/OSMMRSCRev1.doc>.

¹⁶⁹ AHUJA, R., "Towards developing subsidy disciplines under GATS", *op. cit.*, p. 5. Ver también la opinión del representante de Hong Kong China en OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Acta de la reunión de 30 de noviembre de 2000*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/30, 22 de diciembre 2000, párr. 31.

¹⁷⁰ Vid. AUDET, D., "Government procurement: A synthesis report", *OECD Journal on Budgeting*, vol. 2, no. 3, 2002, pp. 149-194, p. 149.

¹⁷¹ Existen tres áreas de trabajo en el Marco de la OMC: 1) el Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (el llamado "ACP"); 2) negociaciones sobre la contratación pública de servicios de conformidad con el mandato establecido en el artículo XIII:2 del AGCS; y 3) el trabajo sobre la transparencia en la contratación pública en el Grupo de Trabajo establecido por la Conferencia Ministerial de Singapur en 1996.

¹⁷² Vid. ARROWSMITH, S. Y ANDERSON, R. D., *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011, p. 6.

¹⁷³ Art. XIII: 1. Los artículos II, XVI y XVII no serán aplicables a las leyes, reglamentos o prescripciones que rijan la contratación por organismos gubernamentales de servicios destinados a fines oficiales y no a la reventa comercial o a su utilización en el suministro de servicios para la venta comercial. Ver el apartado sobre el análisis del art. XIII del AGCS en el Capítulo Tercero.

¹⁷⁴ HOEKMAN Y BRAGA estimaron que en algunos sectores las compras públicas pueden representar más del 30% del total de los servicios, *vid.* HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", World Bank, World Bank Policy Research Working Paper No. 1747, Washington, DC, 1997.

discriminación que causa es por tanto menor¹⁷⁵. El AGCS también establece que se realizarán negociaciones multilaterales sobre contratación pública dentro de los dos años de su entrada en vigor¹⁷⁶. Sin embargo, las negociaciones siguen en marcha sin resultados previsibles a la vista. Estas negociaciones se integraron a las de la RD en el 2001 y se desarrollan en el marco del Grupo de Trabajo sobre Normas del AGCS (*WPGR*) establecido en 1995, las negociaciones deberán finalizar antes de la conclusión de la RD sobre compromisos específicos¹⁷⁷.

Junto a las negociaciones del art. XIII:2 del AGCS también existe a nivel Multilateral otro mandato de negociaciones en relación a la CP, el cual está limitado a la mejora de la transparencia y se basó en el programa de trabajo “*conduct a study of transparency in government procurement practices*”¹⁷⁸ establecido en la conferencia de Singapur de 1996¹⁷⁹. En la declaración Ministerial de la RD quedó claro en el mandato de negociación la posible creación de un Acuerdo sobre transparencia en el sector y que se excluía expresamente del mandato el aumento de compromisos multilaterales sobre AM¹⁸⁰. Como recuerda ZAPATERO¹⁸¹, este posible acuerdo sería en todo caso paralelo e independiente del Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública (ACP), y por otro lado el fracaso de la Conferencia de Cancún conllevó que se retirara de la mesa de negociación entre otros la negociación sobre transparencia de la contratación pública¹⁸².

¹⁷⁵ Vid. HOEKMAN, B., "Using International Institutions to improve Public Performance", *World Bank Research Observer*, vol. 13, no. 2, 1998, pp. 249-269, citado en SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftovers", *op. cit.*, p. 333.

¹⁷⁶ Art. XII:2 del AGCS: "Dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC se celebrarán negociaciones multilaterales sobre la contratación pública en materia de servicios en el marco del presente Acuerdo".

¹⁷⁷ Ver las Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios, OMC, *Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios*, Doc. S/L/93, 2001, *cit.* En la Declaración Ministerial adoptada por la Conferencia Ministerial de Hong Kong en diciembre de 2005 se reafirmaba el objetivo de finalización de las negociaciones, *vid.* OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Programa de Trabajo de Doha, Declaración Ministerial - Adoptada el 18 de diciembre de 2005*, Doc. WT/MIN(05)/DEC, 2005, *cit.*

¹⁷⁸ Vid. OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Declaración Ministerial de Singapur*, Adoptada el 13 de diciembre de 1996, Doc. WT/MIN(96)/DEC, 18 de diciembre 1996. Para un estudio sobre este programa de trabajo y la creación de este grupo véase ARROWSMITH, S., "Towards a multilateral agreement on transparency in government procurement", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, 1997, pp. 793-810.

¹⁷⁹ Vid. OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Declaración Ministerial de Singapur*, Doc. WT/MIN(96)/DEC, 1996, *cit.*

¹⁸⁰ Vid. OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Declaración Ministerial, Adoptada el 14 de noviembre de 2001*, Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, 2001, *cit.*, párr. 21.

¹⁸¹ Vid. ZAPATERO, P., "La transformación del Estado en un nicho de mercado: Disciplinas globales de la contratación pública", *Revista electrónica de estudios internacionales*, vol. 27, 2014, pp. 1-19, en p. 17-18.

¹⁸² Los 'asuntos de Singapur', a decir la transparencia de la contratación pública, la protección de las inversiones y el derecho de la competencia, fueron uno de los aspectos en controversia en las negociaciones y fueron excluidos formalmente del Programa de trabajo de la RD. Vid. OMC, *Programa de Trabajo de Doha*, Doc. WT/L/579, 2004, *cit.*

También se han venido realizando negociaciones en la OMC en relación al ACP¹⁸³, para la ampliación de su alcance en más sectores y para la progresiva eliminación de medidas discriminatorias para los proveedores extranjeros¹⁸⁴. En el 2014 entró en vigor el ACP Revisado¹⁸⁵. Los principios básicos sobre los que opera el ACP son la no discriminación, la transparencia, y la equidad procesal que se aplica en la regulación de la CP de bienes y servicios. Sus disciplinas se aplican respecto al listado de compromisos de cada Miembro¹⁸⁶. Incluye un programa de trabajo a futuro en relación al trato de las empresas medianas y pequeñas en la CP y la contratación sostenible, asimismo disposiciones sobre TED para los PED en la aplicación y administración del Acuerdo y el proceso de adhesión al Acuerdo¹⁸⁷. En relación a las negociaciones del AGCS, se están analizando las sinergias entre este ACP Revisado y las negociaciones multilaterales sobre CP en servicios¹⁸⁸.

Volviendo a las negociaciones específicas en el marco del AGCS, el debate tuvo su punto de partida en la falta de acuerdo sobre la cuestión de si disciplinas sobre CP son necesarias en el contexto multilateral del CIS¹⁸⁹. El argumento de su necesidad se basa en la cada vez mayor

¹⁸³ El ACP estuvo en vigor desde el 1 de enero de 1996, y se encuentra incorporado al Anexo IV b del *Acta Final de los Acuerdos de la Ronda de Uruguay* como acuerdo de adhesión voluntaria para los Miembros de la OMC. Este Acuerdo contiene disciplinas que se aplican solamente a sus Partes, exceptuados de la obligación de NMF. Actualmente cuenta con la participación de 43 Miembros de la OMC (incluidos los países integrantes de la UE como una sola Parte) y varios de ellos son PED (Corea, Taipéi Chino, Armenia, China, Hong Kong).

¹⁸⁴ Ver el Apéndice I del ACP de 1994 sobre la ampliación del ámbito de aplicación y el art. XXIV:7 (*Exámenes, negociaciones y labor futura*), en base a los cuales se negoció el ACP revisado.

¹⁸⁵ El ACP revisado se adoptó en marzo del 2012 y entró en vigor el 6 de abril de 2014. *Vid.* OMC, COMITÉ DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Adopción de los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el Párrafo 7 del Artículo XXIV del Acuerdo sobre Contratación Pública, tras su Verificación y Examen, conforme a lo dispuesto en el Párrafo 5 de la Decisión Ministerial de 15 de Diciembre de 2011 (GPA/112)*, Reunión formal de las Partes en el Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública celebrada en Ginebra a Nivel de Jefes de Delegación (30 de Marzo de 2012), Doc. GPA/113, 2 de abril 2012.

¹⁸⁶ Sobre los elementos de negociación del ACP revisado, *vid.* ANDERSON, R. D. Y ARROWSMITH, S., "The WTO Regime on government procurement: past, present and prospects", en ARROWSMITH, S. Y ANDERSON, R. D. (eds.), *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 3-58.

¹⁸⁷ Ver el ACP Revisado, art. XXII Disposiciones finales, párr. 8.(a) sobre los programas de trabajo a futuro y el art. V párr. 1-3 sobre el TED de los PED, tomando una atención especial a las circunstancias y necesidad "de desarrollo, financieras y comerciales" de cada PED y PMA. Reconociendo que las circunstancias y necesidades pueden variar y ser específicas para cada PED. En relación a TED, a los PED de nueva adhesión se les otorga "a los bienes, servicios y proveedores la cobertura más favorable que esa Parte otorgue en el marco de sus anexos ... a cualquier otra Parte en el presente Acuerdo". Este trato se otorga con sujeción a las condiciones negociadas entre el Miembro que otorga el TED y el PED. Se otorgan también plazos especiales y periodos transitorios para el cumplimiento de las obligaciones.

¹⁸⁸ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2013)*, Doc. S/WPGR/24, 2013, *cit.*, párr. 2; ANDERSON, R. D., LOCATELLI, C., MÜLLER, A. C. et al., "The Relationship between Services Trade and Government Procurement Commitments: Insights from Relevant WTO Agreements and Recent RTAs", World Trade Organization - Economic Research and Statistics Division, 2014

¹⁸⁹ *Vid.* SHINGAL, A., "Services procurement under the WTO's Agreement on Government Procurement: whither market access?", *World Trade Review*, vol. 10, no. 04, 2011, pp. 527 - 549 , p. 528.

significancia de la CP en la economía y en el CI¹⁹⁰, y en el imperativo de evitar las distorsiones económicas que causan las regulaciones discriminatorias. También se argumenta que la discriminación aumenta el precio promedio de los servicios. Los estudios también señalan que las licitaciones competitivas tienen a reducir los costos promedios en un 30%¹⁹¹. En tanto que algunos Miembros consideran que un marco multilateral de CP en servicios no es necesario, ya que éste no generaría los beneficios económicos esperados¹⁹². También a favor de la mayor discrecionalidad de los Miembros en la CP están los argumentos relacionados con las consideraciones de política pública, las cuales hacen este tema especialmente sensible, se refieren por ejemplo a la promoción de industrias domésticas, fomentar la transferencia de tecnología, promover empresas pequeñas y/o estatales, y cuestiones de seguridad nacional¹⁹³.

Otro aspecto de las negociaciones que explica el limitado avance en las negociaciones han sido las discrepancias sobre el contenido mismo del mandato del art. XII:2 del AGCS. Algunos Miembros consideran que el alcance del mandato es amplio y que alcanza cuestiones sobre transparencia, aspectos de procedimiento, asimismo incluiría aspectos sobre AM y no discriminación de la CP. En tanto que para otros Miembros las negociaciones no incluirían posibles disciplinas sobre AM y no discriminación. Especialmente los PED han expuesto su oposición a negociar normas que puedan promover el AM en las compras públicas. Estas discrepancias políticas se ha mantenido hasta los recientes debates, tal como reflejan las conclusiones de los informes del presidente del Comité de Negociaciones Comerciales en relación al estado de las negociaciones, donde afirma que “sigue habiendo grandes divergencias políticas con respecto a la

¹⁹⁰ Es una parte sustancial del PBI en muchos países, *vid.* AUDET, D., "Government procurement: A synthesis report", *op. cit.*, p. 149.

¹⁹¹ *Vid.* DELTAS, G. Y EVENETT, S. J., "Quantitative Estimates of the Effects of Preference Policies", en HOEKMAN, B. M. Y MAVROIDIS, P. C. (eds.), *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor, MI, University of Michigan Press, 1997, pp. 73-89; TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *The TI Source Book: Applying the Framework*, 1997; WORLD BANK, "Rehabilitation Loan: Pre-Identified Import Component Distribution Monitoring Report", Russia Department, 9 December, mimeo, 1994.

¹⁹² En este sentido se ha argumentado que lo que es relevante es que aumenten los compromisos de liberalización de los servicios para permitir la entrada a potenciales exportadores para la contratación pública, en particular que se permita el establecimiento comercial (Modo III), en tanto que la creación de un acuerdo multilateral sobre CP no es tan relevante. Se comenta que en tanto lo que los compromisos de AM y TN se amplíen en el AGCS habrá menor necesidad de reglas multilaterales en CP. *Vid.* EVENETT, S. J. Y HOEKMAN, B. M., "Government procurement of services: Assessing the case for multilateral disciplines", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. (eds.), *Services 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington DC, Brookings Institution, 2000, pp. 143-164. En el estudio de SHINGAL los resultados indican que a pesar de formar parte del GPA, las proporciones de contratos de servicios adjudicados a proveedores extranjeros han bajado en Suiza y Japón, *vid.* SHINGAL, A., "Services procurement under the WTO's Agreement on Government Procurement: whither market access?", *op. cit.*

¹⁹³ *Vid.* SHINGAL, A., "Services procurement under the WTO's Agreement on Government Procurement: whither market access?", *op. cit.*, p. 528, también ARROWSMITH, S. Y ANDERSON, R. D., *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, *op. cit.*, p. 3.

cuestión de incluir compromisos de acceso a los mercados relacionados con la contratación pública en el marco del AGCS”¹⁹⁴.

Las negociaciones han pasado por varias etapas, en un primer momento el enfoque fue sobre todo informativo a fin de que los Miembros facilitaran datos sobre sus regímenes de CP lo que tenía por objeto proporcionar una base para las negociaciones sobre futuras disciplinas¹⁹⁵, en esta etapa se discutieron aspectos relacionados con la transparencia en la CP¹⁹⁶. En una segunda etapa se analizaron varios aspectos conceptuales sobre la CP¹⁹⁷, se debatió sobre las posibles opciones para implementar futuras disciplinas (horizontalmente, o sectorialmente basado por ejemplo en el documento de referencia sobre telecomunicaciones), y se introdujo el debate de los principales elementos de un marco de CP (transparencia y no discriminación)¹⁹⁸.

En una tercera etapa se introdujeron con más especificidad aspectos sustanciales de un posible régimen sobre la contratación pública, la UE ha sido en este contexto la principal proponente con respecto a la contratación pública de servicios¹⁹⁹. Cabe mencionar la propuesta de

¹⁹⁴ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Negociaciones sobre el Comercio de Servicios - Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales a los efectos del balance en el CNC*, Doc. TN/S/35, 2010, cit., párr. 11 y 12.

¹⁹⁵ La Secretaría preparó un cuestionario y una síntesis de 19 respuestas de los 22 Miembros que contestaron al cuestionario, vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Síntesis de las Respuestas al Cuestionario sobre la Contratación Pública de Servicios*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/W/20, 7 de julio 1997.

¹⁹⁶ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Negociaciones sobre la Contratación Pública - Informe del Presidente del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/11, 30 de junio 2003, párr. 9.

¹⁹⁷ Durante 1998 y 1999 se discutió sobre la definición de CP, entidades contratantes y cobertura de las posibles disciplinas sobre contratación pública entre otros. Se debatió en base al documento presentado por la UE: UNIÓN EUROPEA, "Contratación pública de servicios, documento no oficial de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros", (documento sin signatura ni número), 13 de febrero, 1998. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Negociaciones sobre la Contratación Pública - Informe del Presidente del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/11, 2003, cit., párr. 11.

¹⁹⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Negociaciones sobre la Contratación Pública - Informe del Presidente del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/11, 2003, cit., párr. 12.

¹⁹⁹ Han sido varias las propuestas presentadas por la UE, vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Contratación pública de servicios*, Doc. S/WPGR/W/39, 12 de julio 2002; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Contratación pública de servicios*, Doc. S/WPGR/W/42, 22 de mayo 2003; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Contratación pública de servicios*, Doc. S/WPGR/W/52, 15 de junio 2005. Vid. también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Negociaciones sobre la Contratación Pública - Informe del Presidente del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/11, 2003, cit., párr. 13; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Contratación pública de servicios*, Doc. S/WPGR/W/54, 20 de junio 2006; WTO, WORKING PARTY ON GATS RULES, *Government procurement in services - Proposal by the European Union for work in the WPGR*, Unofficial room document, Doc. RD/SERV/23, 24 september 2010.

que los Miembros asumiesen compromisos en materia de AM y TN²⁰⁰. En el 2002, las CE (hoy UE) plantearon por primera vez la sugerencia de un marco jurídico para las negociaciones, mediante la creación de un Anexo para el AGCS sobre contratación pública²⁰¹ y propusieron modalidades para la consignación de compromisos en CP²⁰². Frente a esta propuesta varios Miembros se mostraron escépticos y realizaron varias preguntas sobre cómo deberían en concreto listar los compromisos en CP y las excepciones (en una posterior comunicación de la UE se hizo referencia a algunos ejemplos)²⁰³, sin que esto hubiera satisfecho las dudas de los Miembros. La siguiente propuesta de la UE en el 2004 se enfocó en las normas de procedimiento que se deberían desarrollar en relación a las CP²⁰⁴.

La principal propuesta con contenido sustantivo en las negociaciones ha sido la de crear un “Anexo al AGCS sobre la Contratación Pública” que establezca normas y procedimientos que contengan los principios básicos de liberalización para las compras gubernamentales. Esta propuesta ha sido presentada en el 2006 dentro de la estrategia de negociación de la UE²⁰⁵. Los principales elementos de la propuesta son análogos a los comprendidos en el GPA en varios sentidos²⁰⁶, y a partir de ella se generó el principal debate sustancial de las negociaciones. La propuesta del Anexo en CP contenía disposiciones sobre el alcance, exclusiones y exenciones, el trato especial y diferenciado para los PED, el TN y aspectos sobre los procedimientos y valoración de los contratos. Estas disposiciones que se aplicarían únicamente a los sectores en los que se hayan consignado compromisos específicos sobre CP, con las limitaciones establecidas en cada lista. También contenía una disciplina sobre no discriminación (principio de NMF), que se aplicaría

²⁰⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Contratación pública de servicios*, Doc. S/WPGR/W/39, 2002, *cit.*

²⁰¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Contratación pública de servicios*, Doc. S/WPGR/W/42, 2003, *cit.*

²⁰² Los listados de compromisos en CP debían inscribirse en una columna adicional, la cual se añadiría al listado de compromisos los Miembros. La CE sugirió que los Miembros indicaran en esa columna, para cada sector y modo de suministro, si se asumían compromisos sobre contratación y las restricciones específicas que aplican (e.g. los umbrales, las preferencias de precio para los nacionales). En relación al principio de NMF señalaba que esta se aplicaría a la CP sujeto a una exención de proteger el trato más favorable otorgado en el contexto del ACP y con la posibilidad para los Miembros de listar excepciones en relación a las CP.

²⁰³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Contratación pública de servicios*, Doc. S/WPGR/W/52, 2005, *cit.*

²⁰⁴ *Ibid.*, párrs. 17–27. Se sugirió que se establecieran reglas en relación a la valoración de los contratos, las especificaciones técnicas y cualificaciones de proveedores, métodos de contratación, plazos, documentos requeridos para las licitaciones (pliegos de condiciones) y adjudicaciones de contratos.

²⁰⁵ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Contratación pública de servicios*, Doc. S/WPGR/W/54, 2006, *cit.*

²⁰⁶ Vid. ARROWSMITH, S. Y ANDERSON, R. D., *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, *op. cit.*, p. 10.

sin distinción a todas las medidas incluidas en el anexo²⁰⁷. Respecto a los compromisos en relación con las medidas de CP la propuesta preveía que los Miembros podrán negociarlos de conformidad con el artículo XVIII del AGCS²⁰⁸,

Esta propuesta surgió en el contexto de las mencionadas dos posiciones previas divergentes de las negociaciones, que separaban las perspectivas de la mayoría de PED respecto de los PD²⁰⁹, de esta forma la principal oposición a la propuesta de la UE que se reflejó en los debates fue la cuestión planteada por varios PED de que el AM en relación a la CP no estaría cubierto por el mandato de negociación. Asimismo frente a la propuesta de la UE varios PED señalaron que necesitaban más razones que sustenten por qué deberían entrar en las negociaciones sobre un marco multilateral para la CP en servicios y sobre cuáles serían los beneficios de dichos acuerdos²¹⁰. Esta oposición de varios PED Miembros estaría en línea con lo señalado por ZAPATERO, quien afirma que los PD bajo la presión de los *lobbies* están usando el marco de negociación de CP en el AGCS para orientar en ella su estrategia hacia la liberalización del CIS en CP, buscando de obtener nuevos compromisos de AM en esta materia²¹¹. Así, varios Miembros se han mostrado reticentes a integrarse en las negociaciones sobre disciplinas en CP y el Anexo propuesto no ha avanzado hacia un acuerdo para redactar borradores de texto, a pesar de los esfuerzos de los proponentes de incluir la dimensión del desarrollo en los debates²¹².

Finalmente, se puede hablar de una etapa actual en la cual no se vislumbran importantes avances, en tanto que los debates relacionados con el desarrollo siguen siendo relevantes y las

²⁰⁷ Ver la propuesta de la UE para el Anexo al AGCS sobre la Contratación Pública, párr. 16, en OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Contratación pública de servicios*, Doc. S/WPGR/W/54, 2006, *cit.*.

²⁰⁸ Ver la propuesta de la UE para el Anexo al AGCS sobre la Contratación Pública, *ibid.*, párr. 5. También respecto al alcance, el anexo cubriría toda medida relacionada con la contratación pública que realice una entidad contratante. El párr. 3 del anexo señala “se aplica a las leyes, reglamentos, prescripciones o cualquier medida de una entidad contratante abarcada que se refieran a la contratación de servicios destinados a fines oficiales y no a la reventa comercial o a su utilización en el suministro de servicios para la venta comercial”.

²⁰⁹ El grupo de PD quería ya entrar al debate sustantivo con el objeto de establecer disciplinas en CP de servicios, que como se ha visto consideraban que el mandato incluía la negociación en relación a cuestiones de AM y TN. El segundo grupo de Miembros negaba la posibilidad anterior y no estaban convencido que dichas disciplinas resultarían en beneficios para los PED. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Resumen de los debates anteriores acerca de las negociaciones sobre contratación pública de conformidad con el artículo XIII*, Nota Informal del Presidente, Doc. JOB(09)/114, 30 de septiembre 2009.

²¹⁰ *Vid.* THIRD WORLD NETWORK, *WTO Members conclude latest cluster of services talks - Published in SUNS #6792 dated 14 October 2009* (2009), [último acceso 15 April 2015]; disponible en <http://twm.my/title2/wto.info/2009/twninfo20091006.htm>.

²¹¹ *Vid.* ZAPATERO, P., "Liberalización del comercio de servicios: a vueltas con la formulación de políticas públicas", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 4, no. 2, 2012.

²¹² Ver los debates realizados desde finales de 2010, sobre la importancia de la CP en servicios para la economía y el desarrollo, sobre la base de una propuesta de la Unión Europea (RD/SERV/23), *vid.* WTO, WORKING PARTY ON GATS RULES, *Government procurement in services - Proposal by the European Union for work in the WPGR*, Doc. RD/SERV/23, 2010, *cit.*

discusiones se han centrado en analizar el alcance de los compromisos relacionados con la contratación pública en los ACR y también del Acuerdo Revisado sobre Contratación Pública, el objetivo es encontrar elementos de relación y complementariedad con el AGCS²¹³. Así durante los años 2010 a 2012 las negociaciones estuvieron bastante paralizadas, enfocadas en debates políticos teóricos sobre temas como la importancia de la CP en la economía y el desarrollo²¹⁴. Seguían existiendo grandes divergencias políticas con respecto a los resultados esperados, en particular en la cuestión de incluir compromisos de acceso a los mercados relacionados con la contratación pública en el marco del AGCS²¹⁵. Los Miembros habían considerado avanzar realizando trabajos más técnicos, tales como analizar los obstáculos de AM relacionados con la CP en servicios o avanzar en la mejora de los datos estadísticos sobre CP, con énfasis en la participación de los PED, sin embargo no se realizaron los avances esperados²¹⁶. La mayoría de los PED consideran que solamente las cuestiones relacionadas con transparencia y debido proceso deben ser abarcadas en las negociaciones del WPGR. Los PD consideran que deben incluir aspectos relacionados con no discriminación y AM.

El motivo de este estancamiento parece tener relación con los cuestionamientos de los PED en relación al desarrollo, debate que se basó en el documento presentado por la UE en el 2010²¹⁷ sobre la importancia económica de la contratación pública de servicios. Por lo que dentro de los

²¹³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2014)*, Doc. S/WPGR/25, 2014, *cit.*, párr. 2; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2013)*, Doc. S/WPGR/24, 2013, *cit.*, párr. 2.

²¹⁴ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2010)*, Doc. S/WPGR/20, 2010, *cit.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/21, 2011, *cit.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2012)*, Doc. S/WPGR/23, 2012, *cit.*

²¹⁵ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Negociaciones sobre el Comercio de Servicios - Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales a los efectos del balance en el CNC*, Doc. TN/S/35, 2010, *cit.*, párr. 11–12.

²¹⁶ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2012)*, Doc. S/WPGR/23, 2012, *cit.*, párr. 3. En concreto se esperaba “elaborar una tipología comparativa de los obstáculos al acceso a los mercados en relación al CIS y CP, examinar los servicios más importantes para la CI; y mejorar las estadísticas, incluidos los datos sobre la participación de los países en desarrollo en los mercados de contratación sujetos a competencia internacional”.

²¹⁷ Ver la propuesta de la UE: WTO, WORKING PARTY ON GATS RULES, *Government procurement in services - Proposal by the European Union for work in the WPGR*, Doc. RD/SERV/23, 2010, *cit.* Ver también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2011)*, Doc. S/WPGR/22, 2011, *cit.*, párr. 5; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2012)*, Doc. S/WPGR/23, 2012, *cit.*; y OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/21, 2011, *cit.*, párr. 6. Los debates se refirieron a la importancia económica de la contratación pública de servicios en los países desarrollados y los países en desarrollo.

temas específicos que se han discutido en las negociaciones²¹⁸ se destaca “el posible beneficio del marco propuesto para los PED”. Desde el inicio de las negociaciones varios Miembros no están convencidos de que esas disciplinas conlleven algún beneficio, en particular para los PED Miembros que no estaban interesados en que se abran más sectores de servicios en tanto que no veían progresos sustanciales en las esferas de interés para ellos²¹⁹. Actualmente como se ha visto siguen existiendo divergencias fundamentales en cuanto a los objetivos y los resultados previstos de esas negociaciones²²⁰.

Las discusiones sobre aspectos sustanciales de un posible acuerdo multilateral en CP para los servicios, y más en concreto el contenido sustancial de un posible Anexo sobre CP en el marco del AGCS, han sido dejadas de lado frente al limitado progreso y la falta de apoyo de las propuestas, y continúan las divergencias en el objetivo esencial de la negociación²²¹, parece que el enfoque se orienta nuevamente hacia aspectos más generales sobre la Contratación Pública (CP) en relación con el CIS. En concreto, en las más recientes negociaciones la labor se ha centrado en aspectos conceptuales y de sinergia con otras áreas de contratación pública. En relación al nuevo texto ACP Revisado, cabe destacar que es aparente una complementariedad con el nuevo ACP y el AGCS. Los Miembros integrantes del ACP han ampliado la cobertura en relación a los sectores de servicios cubiertos y a entidades²²². También se ha discutido con mayor detenimiento la relación entre los compromisos en materia del comercio de servicios y los compromisos en materia de

²¹⁸ Otros temas discutidos en los que tampoco se ha llegado a un acuerdo son: el significado de los compromisos de contratación pública para determinados modos de suministro; cómo se podrían tratar contratos que involucran más de un sector; cómo se podrían listar umbrales y entidades cubiertas; si la obligación de NMF se aplicaría en principio a todos los sectores de servicios (como en el AGCS) o sólo a aquellos en los que se asumieron compromisos de contratación pública, *vid.* ANDERSON, R. D., LOCATELLI, C., MÜLLER, A. C. et al., "The Relationship between Services Trade and Government Procurement Commitments: Insights from Relevant WTO Agreements and Recent RTAs", *op. cit.*, p. 9; ver también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Resumen de los debates anteriores acerca de las negociaciones sobre contratación pública de conformidad con el artículo XIII*, Doc. JOB(09)/114, 2009, *cit.*

²¹⁹ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Negociaciones sobre la Contratación Pública - Informe del Presidente del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/11, 2003, *cit.*, párr. 18.

²²⁰ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Negociaciones sobre el Comercio de Servicios - Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales a los efectos del balance en el CNC*, Doc. TN/S/35, 2010, *cit.*, párr. 80-81.

²²¹ La principal propuesta ha sido la de la UE del 2006 ... en relación a este actual estancamiento ver el informe de situación de la presidenta del 2011, OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS*, Doc. S/WPGR/21, 2011, *cit.*, párr. 6; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Negociaciones sobre el Comercio de Servicios - Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales*, Doc. TN/S/36, 21 de abril 2011, párr. 80; ANDERSON, R. D., LOCATELLI, C., MÜLLER, A. C. et al., "The Relationship between Services Trade and Government Procurement Commitments: Insights from Relevant WTO Agreements and Recent RTAs", *op. cit.*, p. 9; NATENS, B., "The Doha round and the future architecture of the multilateral regulation of trade in services", Leuven Centre for Global Governance Studies, Paper #3, March, 2013.

²²² *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2012)*, Doc. S/WPGR/23, 2012, *cit.*, párr. 2.

contratación pública, tanto en relación con el AGCS, el ACP y los 68 ACR en los que existen disposiciones sobre CP²²³.

C. LAS NEGOCIACIONES SOBRE EL MARCO DE EXCEPCIÓN PARA LOS PMA

La aplicación efectiva del art. IV:3²²⁴ fue buscada por los PED desde etapas iniciales de la Ronda de Doha, en particular proponiendo un mecanismo específico para el TED que permita otorgar compromisos específicos en ciertos sectores solamente para el grupo de PMA, o también mediante una posible implantación de contingentes de mercado para los PMA en ciertos sectores de servicios. En concreto, en el 2002, los PMA propusieron que se tomen en cuenta sus prioridades a nivel sectorial en las negociaciones. Para lo cual ellos mismos deberían indicar los sectores y modos de interés, así los Miembros podrían tomarlo en cuenta durante las negociaciones. Se propone la aplicación de un listado de medidas adicionales que asegurasen una mayor participación de los PMA en los sectores en que tienen intereses comerciales²²⁵. Se propuso la consignación de compromisos específicos adicionales en favor de los PMA (sea en forma de anexos sectoriales para los PMA, incluidos en los compromisos sectoriales específicos adicionales o como documentos de referencia) y que se incluyan en el AGCS disposiciones obligatorias, sobre criterios de prioridad sectorial en las negociaciones, destinadas a atender las preocupaciones comerciales de los PMA²²⁶. Estas propuestas, como señala MARCHETTI, no tuvieron una acogida positiva por la mayoría de los Miembros, especialmente en lo relacionado a la asignación de contingentes específicos para compromisos específicos²²⁷.

²²³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2014)*, Doc. S/WPGR/25, 2014, *cit.*, párr. 2.1, *vid.* también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 7 de mayo de 2014*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/84, 18 de junio 2014; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Informe de la reunión celebrada el 18 de septiembre de 2014*, Doc. S/WPGR/M/85, 2014, *cit.*, párr. 2.1.

²²⁴ Revisar el análisis realizado sobre le art. IV y en particular el art. IV:3 sobre la especial prioridad para los PMA al aplicar el art. IV.

²²⁵ Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado, propuestas conjuntas de los países menos adelantados relativas al trato especial y diferenciado, Addendum*, Doc. TN/CTD/W/4/Add.1, 1º de julio 2002, p. 9

²²⁶ En este sentido, los PMA propusieron en el 2002 también una adición a la primera oración art. VI:3 señalando que: "Se establecerán criterios convenidos multilateralmente para dar prioridad a los países menos adelantados Miembros en los sectores de interés para sus exportaciones, así como cuando se establezcan nuevas disciplinas y obligaciones generales en virtud del Acuerdo." *ibid.*, p. 11, párr. 50-51.

²²⁷ El autor señala que fue un "unfruitful attempt, It is worth noting that this proposal met the opposition not only of developed countries but also of more advanced developing countries, who feared the loss of access opportunities in advanced economies, particularly with respect to the temporary movement of natural persons". Vid. MARCHETTI, J. A., "Developing Countries in the WTO Services Negotiations", *Staff Working Paper ERSD-2004-06*, WTO Economic Research and Statistics Division, September, 2004, p. 17.

En este contexto, el CCS de 5 de setiembre del 2003, basado en el art. XIX del AGCS²²⁸, adoptó las Modalidades para el TED para los Miembros PMA en las negociaciones del comercio de servicios, con el objeto de asegurarles mayor flexibilidad en las negociaciones de la Ronda de Doha²²⁹. Constituye un acuerdo de los Miembros sobre cómo orientar el trato más favorable a los PMA en las negociaciones y está basada en criterios de preferencia para los PMA a nivel sectorial y modal de los compromisos, en asistencia técnica y en la no reciprocidad²³⁰. El principio de no reciprocidad refuerza el art. IV:3, libera a los PMA de realizar compromisos adicionales, ofrecer un TN pleno, la eliminación de condiciones de entrada, asimismo, al elaborar nuevas disciplinas multilaterales de servicios se tendrán en cuenta las necesidades de los PMA²³¹. En concreto y especialmente se llama a desarrollar mecanismos adecuados para facilitar el acceso efectivo de los servicios y los proveedores de servicios de los PMA a los mercados extranjeros²³² y se establece también que los Miembros adopten medidas, de acuerdo con sus capacidades, destinadas a aumentar la participación de los PMA en el comercio de servicios²³³. La preferencia se enfoca esencialmente en el mayor AM de los Miembros a proveedores de servicios de PMAs, esencialmente en el Modo 4²³⁴. Además, la Declaración Ministerial de Hong Kong de 2005 llamó a los Miembros a implementar las Modalidades de manera plena y efectiva; en particular requiere nuevamente desarrollar métodos concretos para otorgar prioridades especiales de AM para los PMA²³⁵, la Declaración reafirmó además el principio de no reciprocidad para los PMA en las negociaciones²³⁶.

²²⁸ El art. XIX:2 del AGCS señala: El proceso de liberalización se llevará a cabo respetando debidamente los objetivos de las políticas nacionales y el nivel de desarrollo de los distintos Miembros, tanto en general como en los distintos sectores. Habrá la flexibilidad apropiada para que los distintos países en desarrollo Miembros abran menos sectores, liberalicen menos tipos de transacciones, aumenten progresivamente el acceso a sus mercados a tenor de su situación en materia de desarrollo y, cuando otorguen acceso a sus mercados a los proveedores extranjeros de servicios, fijen a ese acceso condiciones encaminadas al logro de los objetivos a que se refiere el artículo IV.1

²²⁹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Modalidades para el Trato Especial de los Países Menos Adelantados Miembros en las negociaciones sobre el comercio de servicios. Adoptadas el 3 de setiembre de 2003*, Doc. TN/S/13, 2003, *cit.*

²³⁰ Vid. MELCHIOR, A., "Services and Development. The Scope for Special and Differential Treatment in the GATS", *NUPI Report*, Norwegian Institute of International Affairs, Abril, Oslo, 2010, p. 15.

²³¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Modalidades para el Trato Especial de los Países Menos Adelantados Miembros en las negociaciones sobre el comercio de servicios. Adoptadas el 3 de setiembre de 2003*, Doc. TN/S/13, 2003, *cit.*, párr. 4, 5, y 11.

²³² *Ibid.*, párr. 7.

²³³ *Ibid.*, párr. 8. Dichas medidas podrían incluir como programas de fomento a la inversión el desarrollo de la infraestructura y las exportaciones de servicios de los PMA.

²³⁴ *Ibid.*, párrs. 6–9. Respecto del Modo 4 el párr. 9 señala que los Miembros, en la medida de lo posible y en consonancia con lo dispuesto en el, considerarán la posibilidad de contraer compromisos para proporcionar acceso en el Modo 4, teniendo en cuenta todas las categorías de personas físicas identificadas por los PMA en sus peticiones.

²³⁵ Vid. OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Programa de Trabajo de Doha, Declaración Ministerial - Adoptada el 18 de diciembre de 2005*, Doc. WT/MIN(05)/DEC, 2005, *cit.*. Anexo C, párr. 9 (a), párr. 47 y 3.

²³⁶ *Ibid.* párr. 26. "Reconocemos la situación económica particular de los PMA, incluidas las dificultades con que se enfrentan, y admitimos que no se espera de ellos que contraigan nuevos compromisos".

Las propuestas de los PMA en las negociaciones, junto con los instrumentos de negociación y declaraciones, influyeron en la posterior negociación del llamado “*services waiver*” para los PMA. La implementación de acceso al mercado preferente para los PMA fue en principio rechazado por varios PD, argumentaban esencialmente que el establecimiento de contingentes implicaba una contradicción al principio de NMF del AGCS²³⁷. En el 2006 los PMA presentaron una propuesta para operacionalizar el art. IV:3, la cual incluía el acceso preferente al mercado²³⁸, el principal interés de los PMA no constituía la negociación de compromisos específicos para lograr el acceso al mercado, como se planteaba en las Modalidades²³⁹, sino que buscaban promover un enfoque más amplio a fin de obtener de forma general una prioridad no recíproca para los PMA y lograr un acceso preferente al mercado de los servicios²⁴⁰. En el 2008 las negociaciones ya evidenciaban un apoyo general de los Miembros para la exención del principio de NMF para los PMA, ya que éste parecía ser el mecanismo más adecuado y consensuado para dar especial prioridad a los PMA en el CIS²⁴¹. Las negociaciones posteriores se basaron en la renovada propuesta de Grupo PMAs del 2010²⁴² y el mecanismo de excepción para los PMAs que se adoptó

²³⁷ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *La aplicación de las modalidades para el trato especial de los países menos adelantados Miembros en las negociaciones sobre el comercio de servicios*, Comunicación de las Comunidades Europeas, Doc. TN/S/W/54, 3 de octubre 2005, p. 5

²³⁸ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Mecanismo para hacer efectivo el párrafo 3 del artículo IV del AGCS*, Doc. TN/S/W/59, 2006, *cit.*, p. 3. “Los países desarrollados Miembros otorgarán, y los países en desarrollo Miembros que se declaren en condiciones de hacerlo deberán otorgar, especial prioridad no recíproca a los países menos adelantados.”

²³⁹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Modalidades para el Trato Especial de los Países Menos Adelantados Miembros en las negociaciones sobre el comercio de servicios. Adoptadas el 3 de septiembre de 2003*, Doc. TN/S/13, 2003, *cit.*, párr. 6.

²⁴⁰ La propuesta de los PMA del 2006 tiene un enfoque más amplio que el resultado del “waiver” del 2011 obtenido en las negociaciones, cuyo alcance está limitado a medidas relacionados con el acceso al mercado de conformidad con el art. XVI. Vid. MANRIQUE, C. Y COMAS, J., “The least-developed countries (LDCs) service waiver: Any alternative under the GATS? ”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 6, no. 1, 2013, pp. 115-143.

²⁴¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Elementos necesarios para la conclusión de las negociaciones sobre los servicios*, Doc. TN/S/34, 2008, *cit.*, párr. 9. “Los Miembros opinan que, de las opciones indicadas en este documento, una exención de las obligaciones del párrafo 1 del artículo II del AGCS, a la que puedan acogerse todos los Miembros, con respecto al trato preferencial en favor de todos los PMA Miembros ofrece el resultado más satisfactorio de esta negociación.”

²⁴² Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Communication from Zambia on behalf of LDCs Draft Text for a Waiver Decision*, Doc. JOB/SERV/18, 30 June 2010. “En la reunión Ministerial celebrada en Ginebra en julio de 2008, se puso de manifiesto en un texto sobre los servicios el apoyo general de los Miembros a un mecanismo de exención como el medio más satisfactorio para dar especial prioridad a los PMA, de conformidad con el párrafo 3 del art. IV del AGCS, en particular en los sectores y modos de suministro de interés para ellos. Los Miembros están negociando sobre la base de un proyecto de texto jurídico para una exención, distribuido por el Grupo de los PMA a principios de 2010. Se acepta en general el principio de una exención para otorgar especial prioridad, pero varios Miembros han planteado cuestiones en relación con los detalles del proyecto de texto actual.” con la creación de un mecanismo adecuado que permita la excepción al principio de NMF. Vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Aspectos de las negociaciones de la Ronda de Doha relativos al desarrollo*, Doc. WT/COMTD/W/143/Rev.5, 2010, *cit.*, p. 27.

finalmente en el 2011²⁴³. Esta excepción actúa de manera similar a una cláusula de habilitación tradicional en mercancías, ofreciendo la posibilidad de apartarse del principio de NMF²⁴⁴. Los Miembros PD y PED pueden, mediante esta excepción, proporcionar un trato preferencial a los servicios y proveedores de servicios de los PMA para proporcionar el acceso efectivo al mercado en los sectores y modos de suministro de interés exportador para los PMA, a través de compromisos específicos negociados. El objetivo es intentar aumentar su hasta ahora mínima participación en el mercado internacional de servicios. Cabe destacar, en cualquier caso, que es un mecanismo voluntario y no vinculante²⁴⁵, y se cuestiona en cierta medida la viabilidad e implicaciones de la implementación de este mecanismo, y en qué medida puede o cómo ayuda a fortalecer el CIS de los PMA en el contexto del AGCS²⁴⁶.

Consideramos que en el contexto y marco jurídico actual el mecanismo no tendrá una fuerte incidencia, debido a las siguientes consideraciones. Primero, al tratarse de un mecanismo voluntario, no puede aplicarse alguna medida de presión o coercibilidad para la efectividad del trato preferente en el AM, además, su carácter voluntario conlleva la posibilidad de que cualquier Miembro pueda retirar su trato preferente en cualquier momento. Segundo, el mecanismo se centra principalmente en el AM de conformidad con el art. XVI, pero los proveedores de servicios de los PMA pueden encontrar dificultades para prestar el servicio, dificultades que pueden estar relacionadas con restricciones derivadas de medidas discriminatorias, regulaciones nacionales, medidas administrativas nacionales, entre otras. El trato más favorable respecto de estas medidas no se otorga a los PMA de forma directa y automática por los Miembros, sino que requiere de la aprobación por el CCS, lo que dificulta aún más su implementación. Tercero, el mecanismo sufre también deficiencias conceptuales como el contenido de las “reglas de origen” que regirían la excepción, lo que complica su interpretación. Por lo que el resultado positivo no dependerá solamente de la voluntad de los PD en otorgar el acceso preferente y de los PMA en hacer demandas adecuadas y necesarias, sino que también se hace necesario reforzar el contenido del mecanismo y aclarar sus implicancias.

²⁴³ Vid. OMC, *Trato preferencial a los servicios y los proveedores de servicios de los países menos adelantados*, Decisión de la Conferencia Ministerial de Ginebra de 17 de diciembre de 2011, Doc. WT/L/847, 19 de diciembre 2011.

²⁴⁴ Esto es mencionado en SCHLOEMANN, H., "The LDC service waiver: Making it work", *ICTSD Competitiveness and Development Programme*, vol. 1, no. 4, 2012.

²⁴⁵ El Sistema de Preferencias Generalizadas del GATT no está constituido tampoco por compromisos obligatorios. Vid. Generalized System of Preferences, GATT Doc L/3545, Decision of 25 June 1971 (1971 GSP Decision). En este mismo sentido el OA en el caso abreviado: CE — Preferencias arancelarias. Vid. BERCERO, I. G. Y AMARASINHA, S. D., "Moving the Trade and Competition Debate Forward", *Journal of International Economic Law*, vol. 4, 2001, pp. 481-506 par. 92 and 111. Confirmando que la Cláusula de Habilitación constituye una "excepción" al párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994. Además que la Cláusula de Habilitación "alienta" a los Miembros a desviarse del artículo I para que apliquen el "trato diferenciado y más favorable" a los países en desarrollo.

²⁴⁶ Vid. MANRIQUE, C. Y COMAS, J., "The least-developed countries (LDCs) service waiver: Any alternative under the GATS? ", *op. cit.*

II. LAS NEGOCIACIONES SOBRE NUEVAS DISCIPLINAS DE REGLAMENTACIÓN NACIONAL Y LOS PED

A. ANTECEDENTES Y FÓRMULAS DE NEGOCIACIÓN PARA LA CREACIÓN DE LAS NUEVAS DISCIPLINAS DE REGLAMENTACIÓN NACIONAL

Para la implementación del mandato del art. VI:4, el Consejo del Comercio de Servicios (CCS) estableció inicialmente en el 1995 el órgano subsidiario denominado WPPS (*Working Party on Professional Services*) o GTSP (Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales)²⁴⁷. El mandato principal del GTSP fue llevar a efecto de manera inmediata el programa de trabajo previsto en el párrafo 4 del art. VI, relativo a la reglamentación nacional en la esfera de los servicios profesionales²⁴⁸. Su tarea principal fue desarrollar disciplinas multilaterales en el sector de los servicios de contabilidad, con objeto de dar efecto práctico a los compromisos específicos.

1. Disciplinas en el sector de la contabilidad como modelo en las negociaciones del GTRN

El principal resultado del GTSP fue la adopción en 1998 de las *Disciplinas en el sector de la contabilidad*, que constituyen hasta ahora el único sistema de disciplinas que se ha desarrollado bajo el art. VI:4²⁴⁹. Las disciplinas cubren solamente las medidas que están sujetas a listados de compromisos de conformidad al art. XVI sobre AM y art. XVII sobre TN.²⁵⁰ Además, la aplicación de estas disciplinas se limita a los Miembros que asumieron compromisos específicos en servicios

²⁴⁷ La Decisión relativa a los Servicios Profesionales, adoptada por el Consejo del Comercio de Servicios el 1º de marzo de 1995, crea el Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales (GTSP), *vid.* OMC, *Decisión relativa a los servicios profesionales*, Adoptada por el Consejo del Comercio de Servicios el 1º de marzo de 1995, Doc. S/L/3, 14 de abril 1995.

²⁴⁸ Es decir, crear las disciplinas necesarias para asegurarse de que las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, las normas técnicas y las prescripciones en materia de licencias en la esfera de los servicios profesionales no constituyan obstáculos innecesarios al CIS.

²⁴⁹ *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Decisión sobre las disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/63, 15 de diciembre 1998; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/64, 17 de diciembre 1998. Sin embargo, por supuesto, esto no implica que las disciplinas de la contabilidad tienen la misma categoría jurídica que el AGCS, un acuerdo comercial multilateral que es legalmente obligatorio para todos los Miembros de la OMC. Las disciplinas se dividen en ocho secciones: Objetivos, Disposiciones generales, Transparencia (cinco medidas), Prescripciones en materia de licencias (seis medidas), Procedimientos en materia de licencias (cinco medidas), Prescripciones en materia de títulos de aptitud (tres medidas), Procedimientos en materia de títulos de aptitud (tres medidas) y Normas técnicas (dos medidas).

²⁵⁰ *Vid.* WTO, WORKING PARTY ON PROFESSIONAL SERVICES (GTSP), *Discussion of Matters Relating to Article XVI and XVII of the GATS in Connection with the Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector*, Informal Note by the Chairman, Doc. Job No. 6496, 25 November 1998.

de contabilidad en sus ofertas de compromisos²⁵¹, cabe señalar que esta decisión no condiciona el alcance de las futuras disciplinas horizontales sobre reglamentación nacional, ya que el mandato del art. VI:4 no estipula que las disciplinas se refieran a los Miembros que hayan realizado compromisos²⁵², en todo caso, el alcance de las disciplinas horizontales que se desarrollen está aún abierto en las negociaciones²⁵³.

Si bien no son están legalmente en vigor y, por ende no son vinculantes hasta la finalización de la Ronda de Doha²⁵⁴, y no constituyen un precedente formal, vienen siendo usadas como modelo básico o referencia en las negociaciones actuales sobre las disciplinas horizontales de reglamentación nacional y también pueden ser útiles para posibles futuras negociaciones sobre disciplinas sectoriales²⁵⁵.

Es particularmente relevante la creación de una prueba de necesidad²⁵⁶, que es vinculante para todas las reglamentaciones del sector, la cual es considerada la previsión más importante de

²⁵¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Decisión sobre las disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/63, 1998, *cit.*, párr. 1.

²⁵² Vid. DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *International Economic Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2007. Además comenta que el hecho que el art. VI:5, que se considera como el *alter ego* del art. VI: 4, prevé el uso temporal del art. VI: 4 solamente en los sectores en los cuales los Miembros han realizado compromisos específicos no deben confundir al lector, ya que el objetivo principal de esta disposición era asegurar que, pendiente de la entrada en vigor de las disciplinas del art. VI:4, no se socaven los compromisos por la ausencia de tales disciplinas.

²⁵³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 20 de marzo de 2001*, Doc. S/WPDR/M/10, 10 de mayo 2001, párr. 8.

²⁵⁴ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Decisión sobre las disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/63, 1998, *cit.* Existe una disposición parecida al art. VI:5 del AGCS, por la cual todos los Miembros, hayan contraído o no compromisos en el sector de contabilidad, acuerdan de abstenerse, conforme a su legislación vigente, de adoptar nuevas medidas que puedan ser incompatibles con las disciplinas en materia de contabilidad.

²⁵⁵ La Secretaría de la OMC viene también haciendo uso de las disciplinas de contabilidad como base para las consultas realizadas a asociaciones profesionales de servicios seleccionadas por encargo de los Miembros en el GTRN. A las asociaciones se les solicitó que comentaran la correspondencia de las disciplinas de contabilidad con sus profesiones. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Resultados de las Consultas de la Secretaría con Asociaciones Internacionales de Servicios Profesionales - Revisión*, Nota informal de la Secretaría, Doc. Job(03)/126/Rev.4, JOB(03)/126/Rev.6, 15 de septiembre 2005 En la reunión celebrada el 15 de mayo de 2003, el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional pidió que la Secretaría preparara por escrito un resumen de la información que había recibido en relación con sus consultas con asociaciones profesionales internacionales. Las consultas se basan en la lista de asociaciones seleccionadas por los Miembros, que figuran en el documento JOB(01)/98, de 28 de junio de 2001.

²⁵⁶ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Decisión sobre las disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/63, 1998, *cit.*, párr. 2, que establece como disposiciones generales que “Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen medidas no sujetas a consignación en listas en virtud de los artículos XVI y XVII del AGCS relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las normas técnicas y las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio de servicios de contabilidad. A tal fin, los

las disciplinas²⁵⁷. En esencia establece que las medidas cubiertas “no restrinjan el comercio más de lo necesario para cumplir un objetivo legítimo, mencionando algunos objetivos a manera de ejemplo. La prueba de necesidad en las disciplinas tiene como característica principal constituir una herramienta para asegurar que las medidas (prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las normas técnicas y las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud) no creen obstáculos innecesarios al CIS en el sector de la contabilidad. Señala la disciplina que estos tipos de medida no deben tener por *objeto u efecto* crear estos obstáculos innecesarios, en este sentido cubriría la restrictividad causada intencionalmente al elaborar y adoptar las medidas, o que sea un efecto de la aplicación de la medida en cuestión. La disposición general del párrafo 2, que incluye la prueba de necesidad en las disciplinas de contabilidad, orienta el resto de disposiciones de las disciplinas que hacen referencia a requisitos específicos de la prueba de necesidad en los tipos de medidas cubiertas: Como comentó KRAJEWSKI “*they may be useful as an illustration of the potential scope of a necessity test*”²⁵⁸. El hecho que los diferentes tipos de medida requieran diversas condiciones o requerimientos tales como ser preestablecidas u objetivas en el caso de prescripciones en materia de licencias, o más gravosas de lo necesario en el caso de procedimientos de licencias, o que se adopten y apliquen únicamente para cumplir objetivos legítimos²⁵⁹, no implica que no se aplique la prueba de necesidad general en ellos²⁶⁰. Lo dicho no impide que en las disciplinas de contabilidad se agregaran otras pruebas específicas menos exigentes, como en el caso de las prescripciones en materia de residencia²⁶¹.

Miembros se asegurarán de que dichas medidas no restrinjan el comercio más de lo necesario para cumplir un objetivo legítimo. Son objetivos legítimos, entre otros, la protección de los consumidores (incluidos todos los usuarios de los servicios de contabilidad y el público en general), la calidad del servicio, la competencia profesional y la integridad de la profesión”.

²⁵⁷ Vid. MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Key Issues", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank y Oxford University Press, 2003, pp. 1-6, en p. 3; TROLLET, C. Y HEGARTY, J., "Regulatory Reform and Trade Liberalization in Accountancy Services", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank y Oxford University Press, 2003, pp. 147-166, p. 152; WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", en ALEXANDER, K. Y ANDENAS, M. (eds.), *The World Trade Organization and trade in services*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 207-263, en p. 225; ARNOLD, P. J., "Disciplining domestic regulation: the World Trade Organization and the market for professional services", *Accounting, Organizations and Society*, vol. 30, no. 4, 2005, pp. 299-330.

²⁵⁸ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2003, p. 133.

²⁵⁹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Decisión sobre las disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/63, 1998, *cit.*, párr. 8, párr. 14 y párr. 26.

²⁶⁰ En relación a las normas técnicas, la Secretaría de la OMC indicó en las negociaciones del GTRN que las “*Disciplinas relativas a la Contabilidad* aplicaban un criterio de necesidad a las normas técnicas”. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 22 de noviembre de 2004*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/28, 25 de enero 2005, párr. 25.

²⁶¹ Las disciplinas han utilizado la terminología “*shall consider*”, señalan que en el caso de prescripciones en materia de residencia “los Miembros estudiarán la posibilidad de utilizar medios que

Las disciplinas también contienen disposiciones sobre transparencia que van más allá del art. III del AGCS y se basan en los art. VI:1, VI:2, VI:3 y VI:6, incluyendo así criterios de publicación, notificación, visibilidad, así como buena administración y debido proceso²⁶². Un aspecto llamativo es que las disciplinas exigen a los Miembros que expliquen, previa petición, los objetivos específicos perseguidos por sus reglamentaciones en el sector de la contabilidad y pide que los Miembros procuren dar a sus interlocutores comerciales la oportunidad de formular observaciones sobre las reglamentaciones en proyecto en el sector de la contabilidad y que presten consideración a éstas antes de la adopción de las medidas²⁶³.

La valoración general en relación a los PED es que las disciplinas de contabilidad no afectaran la decisión de estos países sobre el contenido de sustantivo de las prescripciones en materia de licencias, títulos de aptitud y normas técnicas requeridas a los proveedores de servicio de contabilidad. Las pruebas específicas de necesidad en las prescripciones en materia licencias y títulos de aptitud han incluido esencialmente criterios de razonabilidad y pertinencia de las condiciones, por ejemplo sobre residencia, pertenencia a organizaciones profesionales y exámenes u otras evaluaciones sobre la experiencia²⁶⁴. El alcance de estos estándares no parece incidir negativamente en los PED, sino que ayuda a reformar su marcos administrativos con principios de buena gobernanza y están acorde con los principios generales del “*rule of law*”. Las disciplinas procedimentales, sobre licencias y títulos de aptitud, son más exigentes que las sustantivas y buscan una mayor transparencia, visibilidad y proporcionalidad procesal en autorizaciones y verificación de titulaciones extranjeras. Por ejemplo, se requiere que los requerimientos de documentación en los procedimientos de solicitudes de licencias no sean más gravosas de lo necesario. Se establecen plazos y procedimientos para el seguimiento de las solicitudes de información sobre los resultados en los procedimientos de licencias y títulos de aptitud²⁶⁵. Estos requisitos, si bien podrían beneficiar

restringan menos el comercio para alcanzar los objetivos para los que se hayan establecido esas prescripciones, teniendo en cuenta los costos y las condiciones locales, *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/64, 1998, *cit.*, párr. 9.

²⁶² *Ibid.*, párr. 4–7.

²⁶³ *Ibid.*, párrs. 5 y 6 respectivamente.

²⁶⁴ En relación a las prescripciones en material de títulos de aptitud, el párr. 20 señala por ejemplo “El ámbito de los exámenes y de cualquier otra prescripción en materia de títulos de aptitud se limitará a las cuestiones pertinentes a las actividades para las que se pide autorización...” En relación a las prescripciones en material de licencias, el párr. 10 señala por ejemplo “Cuando se exija la pertenencia a una organización profesional para cumplir un objetivo legítimo de conformidad con el párrafo 2, los Miembros se asegurarán de que los términos de afiliación sean razonables y no incluyan condiciones o requisitos previos no relacionados con el cumplimiento de ese objetivo”. “Cuando se exija, como condición previa para solicitar una licencia (es decir, una autorización para ejercer), la pertenencia a una determinada organización profesional, el período previo de pertenencia que se imponga para que pueda presentarse una solicitud se mantendrá en un mínimo”.

²⁶⁵ Ver los párrs. 15–17, 22–24 sobre los procedimientos y plazos en relación a procedimientos en materia de licencias y títulos de aptitud. Se establecen dentro de los procedimientos también estándares de razonabilidad procesal. Por ejemplo, el art. 23 señala “Los exámenes se programarán con una frecuencia

para lograr procesos más diligentes y eficientes en los PED en el sector de la contabilidad, podrían poner presión en aquellos que no cuentan con la capacidad técnica y económica necesaria.

Finalmente, algunas de las disciplinas podrían especialmente limitar la discrecionalidad regulatorias de los PED. Señalan por ejemplo, en relación a las prescripciones en materia de licencias, que “los derechos percibidos por las autoridades competentes reflejarán los gastos administrativos en que se incurran, y no constituirán en sí mismos un impedimento para ejercer la actividad de que se trate”. “Asimismo en los procedimientos en materia de titulación, los derechos percibidos por las autoridades competentes reflejarán los gastos administrativos en que se incurran”²⁶⁶. Este tipo de obligaciones, sin embargo, restringen los tipos de metas que los gobiernos pueden perseguir con cierto tipo de regulaciones. Los PED pueden estar interesados en aplicar derecho o tasas más altos a para cubrir por ejemplo otros gastos más generales²⁶⁷. Si bien las mismas disciplinas establecen la pasividad de “un derecho más favorable a los solicitantes de los países en desarrollo”, esto lo cambia la limitación en el margen de maniobra de los países al establecer derechos y otros costos administrativos en el sector de contabilidad.

Cabe también reconocer que las prescripciones sobre títulos de aptitud en este sector han tenido en consideración las preocupaciones por una mayor liberalización de los servicios profesionales, que podría beneficiar a algunos PED. Así se prioriza que se consideren las titulaciones extranjeras, para las autorizaciones del ejercicio de la actividad profesional²⁶⁸. También se establece explícitamente qué aspectos se podrán incluir en las prescripciones en materia de titulaciones, es decir: los estudios, los exámenes, la formación práctica, la experiencia y la competencia en idiomas, de esta forma se intenta evitar que se realicen verificaciones impertinentes, irrelevantes o tediosas para que se dé una autorización²⁶⁹. Tampoco se “exigirán, como condición para rendir examen, requisitos de residencia no sujetos a consignación en listas en virtud del art. XVII del AGCS²⁷⁰. Si bien las disciplina siguen teniendo validez a pesar de la

razonable, en principio de al menos una vez por año, y se admitirá en ellos a todos los solicitantes que reúnan las condiciones requeridas, incluidos los solicitantes extranjeros y los titulados en el extranjero. Se dará a los candidatos un plazo razonable para la presentación de solicitudes”.

²⁶⁶ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/64, 1998, *cit.*, párr. 13 y 23.

²⁶⁷ Como señala KRAJEWSKI: “governments have used licensing fees or charges to internalise external costs or to discourage certain behaviour. Licensing fees or charges may reflect the cost of the licenced activity on the environment or the society in general. Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 134.

²⁶⁸ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/64, 1998, *cit.*, párr. 19.

²⁶⁹ *Ibid.*, párr. 20.

²⁷⁰ *Ibid.*, párr. 24.

evolución del entorno reglamentario del sector de servicios de contabilidad, ya que la reglamentación se sigue centrando principalmente en el plano nacional y la función de los organismos profesionales²⁷¹. Si bien puede ser un reto para las disciplinas que se implementen en un entorno regulatorio que tiende hacia una cada vez mayor convergencia en materia de normas y prácticas éticas, técnicas y profesionales, para asegurar la eficiencia y la compatibilidad internacional.

2. Resultados adicionales del Grupo del Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales (GTSP)

Otros dos resultados del GTSP fueron la creación de las directrices en servicios profesionales y de menor trascendencia el fomento de cooperación con las organizaciones internacionales de estandarización técnico en servicios.

En relación al fomento de la cooperación con las organizaciones internacionales competentes (definidas en el art. VI:5 b), el objetivo era dar plena aplicación del art. VII:5 sobre la utilización de criterios convenidos multilaterales a efectos de reconocimientos en el sector de contabilidad, a fin de tener en cuenta la normas técnicas de las organizaciones internacionales competentes para determinar si se cumple con las obligaciones del art. VI:5²⁷². El resultado fue mínimo, ya que los Miembros se limitaron en última instancia a declarar formalmente su apoyo respecto a la culminación de estándares internacionales en el sector de la contabilidad por la Federación Internacional de Contables (FIC), la Comisión de Normas Internacionales de Contabilidad (CNIC) y la Organización Internacional de Comisiones de Valores (OICV) durante la Conferencia Ministerial de Singapur²⁷³. Los Miembros parecen haber sentido que las circunstancias no eran

²⁷¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Cuestiones de reglamentación por sectores y modos de suministro*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/W/48, 13 de junio 2012, párr. 47.

²⁷² Vid. OMC, *Decisión relativa a los servicios profesionales*, Doc. S/L/3, 1995, *cit.*, párr. 2. b). El mandato indica que el grupo de trabajo formulará recomendaciones para la elaboración de disciplinas multilaterales en el sector de la contabilidad, para ello se centrará en “la utilización de las normas internacionales; al hacerlo, fomentará la cooperación con las organizaciones internacionales competentes definidas en el apartado b) del párrafo 5 del artículo VI, a fin de dar plena aplicación al párrafo 5 del artículo VII”.

²⁷³ Vid. OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Declaración Ministerial de Singapur*, Doc. WT/MIN(96)/DEC, 1996, *cit.*, párr. 17. “Alentamos a la FIC, la CNIC y la OICU a que finalicen normas internacionales en el sector de la contabilidad”, varias delegaciones pidieron información sobre si la Federación Internacional de Contables, la Comisión de Normas Internacionales de Contabilidad y la Organización Internacional de Comisiones de Valores podían considerarse como organizaciones internacionales pertinentes a los efectos del párrafo 5 del artículo VI del AGCS. La Secretaría respondió que, para que pudieran considerarse como tales, era necesario que los órganos competentes de al menos todos los Miembros de la OMC pudieran ser Miembros de la organización de que se tratase. Las organizaciones citadas parecían cumplir esos criterios. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS

maduras para completamente satisfacer el mandato en este campo. A pesar de que se reconoce que la mayor utilización de normas técnicas internacionales puede contribuir a profundizar la liberalización y mejorar la transparencia.

El siguiente resultado del GTSP fue la creación de las directrices para el reconocimiento de los títulos de aptitud²⁷⁴, con objeto de facilitar la aplicación efectiva del art. VI:6 del AGCS, sobre la obligación de establecer procedimientos nacionales adecuadas para verificar las competencias profesionales de otros Miembros.

En 1997 se adoptaron las “*Directrices para los acuerdos o convenios de reconocimiento mutuo en el sector de la contabilidad*”²⁷⁵, las cuales son de carácter voluntario, el objetivo es contener una lista orientativa de elementos prácticos para ayudar a la negociación y conclusión de Acuerdos de Reconocimiento Mutuo (ARM), buscando asegurar asimismo la transparencia. En su contenido las directrices incluyen requisitos formales del art. VII AGCS de la notificación y seguimiento que los Miembros tienen que cumplir cuando negocian y concluyen un ARM. En los requisitos sustantivos contienen recomendaciones sobre la forma y el contenido de los acuerdos de reconocimiento mutuo²⁷⁶.

Una forma de explicar el alcance limitado y no obligatorio de las directrices es que se originan de un mandato que es también abstracto. Como se ha señalado, se encomendó al GTSP elaborar directrices para el reconocimiento de los títulos de aptitud, con arreglo a lo dispuesto en el art. VI:6 y no específicamente se encomendó la elaboración de disciplinas multilaterales sobre los acuerdos de reconocimiento mutuo. El art. VI:6 no se refiere directamente al “reconocimiento”, sino que requiere que los Miembros establezcan “procedimientos adecuados” para verificar la competencia de los profesionales. Al no definir el significado de procedimientos adecuados, esta obligación puede ser vista en el contexto del reconocimiento en términos del art. VII²⁷⁷. Esto fue la

PROFESIONALES, *Nota sobre la reunión celebrada el 28 de octubre*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPPS/W/7, 13 de noviembre 1996.

²⁷⁴ Vid. OMC, *Decisión relativa a los servicios profesionales*, Doc. S/L/3, 1995, cit., párr. 2. c). Señala que otra de las tareas del GTSP es: “la facilitación de la aplicación efectiva del párrafo 6 del artículo VI del Acuerdo, estableciendo directrices para el reconocimiento de los títulos de aptitud.”

²⁷⁵ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para los Acuerdos o Convenios de Reconocimiento Mutuo en el Sector de la Contabilidad*, Doc. S/L/38, 28 de mayo 1997; también OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para los Acuerdos o Convenios de Reconocimiento Mutuo en el Sector de la Contabilidad - Revisión*, Doc. S/L/38, 20 de mayo 1997.

²⁷⁶ Cuando el reconocimiento se otorgue de forma autónoma, se propone informar a la OMC de sus elementos pertinentes, con fines de transparencia. Los elementos que un ARM puede incluir son: los participantes; la finalidad del acuerdo; ámbito; los detalles de las provisiones del reconocimiento mutuo, incluyendo condiciones exigidas para el reconocimiento; prescripciones adicionales para el reconocimiento en el Estado huésped (“medidas compensatorias; los mecanismos para la aplicación; disposiciones en materia de licencias y otras disposiciones en el país huésped; y las condiciones para la revisión del acuerdo).

²⁷⁷ Vid. DELIMATIS, P., “Due Process and “Good” Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS”, *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 1, 2007, pp. 13-50, p. 48.

perspectiva considerada en las negociaciones para las Directrices, al procurar facilitar la aplicación del art. VII. De hecho, en su introducción se reconoce que la forma más común de conseguir el reconocimiento es el acuerdo bilateral y que suele ser difícil aplicar el reconocimiento sobre una base multilateral²⁷⁸, y puede además ser más perjudicial para los países más pobres, de esta forma las Directrices se ocupan del reconocimiento mutuo.

El mandato de desarrollar esta Directrices y su resultado podría haber tenido una consecuencia positiva para los PED en tanto que su propósito era facilitar la negociación transparente de los acuerdos de reconocimiento mutuo²⁷⁹ y la aplicación del art. VI:6 del AGCS. Sin embargo, como informa un reciente documento de la Secretaría de la OMC sobre los servicios de contabilidad, hasta la fecha las Directrices parecen no haber contribuido mucho a elevar el nivel -actualmente bajo- de los acuerdos de reconocimiento mutuo vigente en el sector de la contabilidad²⁸⁰. En este sentido parece haber ayudado a lograr una mayor liberalización en relación al Modo 4, de interés especial para los PED, lo que puede estar vinculado a su naturaleza no vinculante. Sin embargo, constituye un punto de partida para reconocer la importancia de procedimientos adecuados para la verificación de los títulos de aptitud en los servicios profesionales, en particular el establecimiento de ARM. Cabe recordar asimismo que para que los ARM no pongan en peligro el AM de los PED deben ser estructurados de una manera abierta, en una base de NMF e incluyendo servicios que sean de interés para los PED, especialmente los PMA. Tampoco deben constituirse acuerdos de reconocimiento cerrados entre países desarrollados. Para que se otorgue un real acceso al mercado no se debe requerir a estos países cumplir con altos estándares que constituyen excesivas condiciones o cantidades de recursos económicos y técnicos²⁸¹.

²⁷⁸ En su introducción, las directrices reconocen que la forma más común de conseguir el reconocimiento es el acuerdo bilateral. El art. VII del AGCS admite esta posibilidad, reconoce también la existencia de diferencias en cuanto a las normas de educación y examen, la experiencia requerida, la influencia de la reglamentación y otras diversas materias, todas las cuales hacen sumamente difícil aplicar el reconocimiento sobre una base multilateral.

²⁷⁹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para los Acuerdos o Convenios de Reconocimiento Mutuo en el Sector de la Contabilidad - Revisión*, Doc. S/L/38, 1997, *cit.*, apartado introductorio. Para una valoración crítica de las directrices *vid.* TROLLIET, C. Y HEGARTY, J., "Regulatory Reform and Trade Liberalization in Accountancy Services", *op. cit.*, p. 151.

²⁸⁰ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Nota documental sobre Servicios de Contabilidad, Nota de la Secretaría*, Doc. S/C/W/316, 7 de junio 2010, p. 12.

²⁸¹ En este sentido TRACHTMAN comenta las consideraciones para el reconocimiento mutuo en servicios bajo la perspectiva de los PED y cómo procurar que se eviten proteccionismo *de facto* y *de jure* en sectores de intereses para los PED. *Vid.* TRACHTMAN, J. P., "Mutual recognition of services regulation at the WTO", en LIM, A. H. Y DE MEESTER, B. (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014, pp. 110-125, en p. 123.

3. Labor del GTRN, fases y método de negociación

El mandato del art. VI:4 no concluyó con la creación de las disciplinas sectoriales de contabilidad. Para la continuación del trabajo el GTSP fue substituido en abril de 1999 por el Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Nacional (GTRN), el cual recibió el mandato más amplio por parte del CCS de elaborar las disciplinas necesarias conforme al mandato del art. VI:4 para asegurarse de que las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las normas técnicas y las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios²⁸². El lenguaje utilizado en la Decisión sobre la Reglamentación Nacional confirma que su trabajo debe centrarse en la elaboración de las disciplinas de aplicación general destinados a brindar a los Miembros un marco que garantice que las reglamentaciones nacionales se basen en criterios objetivos y transparentes y no sean más gravosas de lo necesario para garantizar la calidad del servicio; conforme a lo previsto en el art. VI:4²⁸³.

El GTRN debe completar las negociaciones referidas en el art. VI:4 antes de la conclusión de las negociaciones sobre compromisos específicos²⁸⁴.

Desde 1999 hasta la fecha se han generado varias etapas en las negociaciones, la mayoría de ellas relacionadas con el avance o impase del resto de negociaciones comerciales de la Ronda de Doha. Cabe destacar que el enfoque particular de las negociaciones ha permitido cierto avance, este enfoque estuvo basado principalmente desde el 2004 en la presentación de propuestas de texto por uno o un grupo de Miembros y la posterior creación de un texto en borrador de las futuras disciplinas²⁸⁵, a fin de poner en común propuestas y discrepancias.

²⁸² OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Decisión relativa a la Reglamentación Nacional*, Adoptada por el Consejo del Comercio de Servicios el 26 de abril de 1999, Doc. S/L/70, 28 de abril 1999, párr. 2. El mandato abarcó de esta forma también las tareas que fueron asignadas al GTSP sobre la elaboración de disciplinas generales para los servicios profesionales.

²⁸³ *Vid.* WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Chairman's Note*, Doc. JOB(01)/59, 27 April 2001, párr. 7. Parecen confirmar las expresiones de la Decisión sobre la Reglamentación Nacional que el Grupo de Trabajo ha de centrarse primordialmente en la elaboración de disciplinas de aplicación general y que esa tarea abarca la de continuar elaborando disciplinas relativas a los servicios profesionales. Confirman también que las disciplinas generales a las que se refiere el párrafo 4 del artículo VI facilitan a los Miembros un marco que, entre otras cosas, haga que la reglamentación nacional se base en criterios objetivos y transparentes y no sea más gravosa de lo necesario para asegurar la calidad del servicio".

²⁸⁴ Después de la creación de las directrices y procedimientos de negociación, por el período extraordinario de sesiones del Consejo del Comercio de Servicios, se estableció este plazo siguiendo el mandato de la Declaración Ministerial de Hong Kong, antes de esto debían presentar sus recomendaciones finales al Consejo del Comercio de Servicios, a más tardar en la conclusión de la actual ronda de negociaciones sobre los servicios, *vid.* OMC, *Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios*, Doc. S/L/93, 2001, *cit.*, párr. 7.

²⁸⁵ La primera propuesta de texto se presentó a finales del 2006. A pesar de la suspensión de las negociaciones de la ronda de Doha en julio 2006, las sesiones del GTRN continuaron y se aceleraron nuevamente en abril 2007, llevando a la publicación del tercer borrador el 18 abril del 2007 *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la*

a. *Enfoque unificado de las negociaciones y la preponderancia de la perspectiva horizontal*

Hasta el momento, la actividad del GTRN se ha centrado en el desarrollo de disciplinas horizontales aplicables a todos los sectores de servicios, en tanto que se preserva la opción de desarrollar nuevas disciplinas aplicables a los distintos sectores o grupos de sectores²⁸⁶.

El debate de sobre la organización del trabajo en el GTRN concluyó inicialmente en mantener en el orden del día tanto la labor sobre los servicios profesionales como la elaboración de disciplinas horizontales y en principio dependiendo de los Miembros el darles la misma prioridad²⁸⁷. Se consideró por ejemplo que un enfoque unificado podría ser útil y recíprocamente complementario para la negociación, en tanto que las aportaciones específicas de los Miembros sobre los servicios profesionales se podrían realizar en el programa de trabajo conjunto²⁸⁸. Este enfoque de trabajo conjunto de disciplinas horizontales y disciplinas en sectores específicos de los servicios profesionales fue apoyado también por varios PED²⁸⁹. En la práctica, sin embargo, los Miembros se han inclinado en dar prioridad al desarrollo de las disciplinas horizontales que se aplican a todos los sectores de servicios, sin perjuicio de mantener la opción de desarrollar disciplinas sectoriales específicas²⁹⁰. Esto se ha reflejado en los debates del GTRN y se puede decir que está también sustentada en el mandato general dado por el Consejo de Servicios de desarrollar disciplinas: “*as appropriate for individual sectors or groups thereof*”²⁹¹. La mayoría de las propuestas y resultado de los borradores de texto se han enfocado en las disciplinas horizontales, si bien se han presentado también algunas propuestas en sectores específicos²⁹². WOUTERS Y

Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal del Presidente, Documento de sala, 18 de abril 2007.

²⁸⁶ Sobre la opción de negociar disciplinas para grupos de sectores interrelacionados, *vid.* WTO, COUNCIL FOR TRADE IN SERVICES, SPECIAL SESSION, *The Cluster Approach, Communication from the European Communities and their Member States*, Doc. S/CSS/W/3, 22 May 2000.

²⁸⁷ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 3 de julio 2001*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/12, 16 de agosto 2001, párr. 10.

²⁸⁸ Ver la declaración del Presidente durante en OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 11 de mayo de 2001*, Doc. S/WPDR/M/11, 7 de junio 2001, párr. 6.

²⁸⁹ Ver la declaración de México, *ibid.*, párr. 30: “Respecto de la cuestión de las disciplinas horizontales frente a las sectoriales, señaló que el ámbito de la mayoría de las medidas de reglamentación era horizontal” y la declaración del representante del Brasil. Coincidió con el Canadá en que los dos caminos no eran mutuamente excluyentes. Señaló que, sin hacer énfasis en ninguno de los dos caminos, las principales cuestiones que habían de abordarse seguían siendo las mismas para los dos. *Vid.* S/WPDR/M/12, Informe de la reunión celebrada el 3 de julio de 2001, Nota de la Secretaría, 16 de agosto de 2001, párr. 30.

²⁹⁰ Algunos Miembros han seguido presentando propuestas sectoriales en el ámbito de los servicios profesionales. *Vid.* también WTO, WORKING PARTY ON PROFESSIONAL SERVICES (GTSP), *Note on the Meeting Held on 9 February 1999*, Doc. S/WPPS/M/25, 5 March 1999, párr. 2.

²⁹¹ “In fulfilling its tasks the Working Party shall develop generally applicable disciplines and may develop disciplines as appropriate for individual sectors or groups thereof”. *Vid.* OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Decisión relativa a la Reglamentación Nacional, Doc. S/L/70, 1999, cit., párr. 3.

²⁹² *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Elaboración de disciplinas sobre la reglamentación nacional para los sectores de los servicios jurídicos y los servicios de ingeniería*, Comunicación Australia, Doc. S/WPDR/W/34, 6 de septiembre de 2005, párr. 33; OMC, GRUPO

COPPENS notan que existe en las negociaciones una relación contrapuesta (“*pay-off*”) entre el alcance sectorial u horizontal de las futuras disciplinas y el contenido de las mismas²⁹³, en tanto que disciplinas sobre todo procesales y de transparencia parecen ser más aceptadas en el esquema horizontal y que las disciplinas sobre aspectos más sustanciales parecen ser más aceptadas a nivel sectorial²⁹⁴.

Desde la perspectiva de la doctrina existen razones a favor y en contra de crear disciplinas a nivel horizontal, por ejemplo MATTOO señaló al inicio de las negociaciones del GTRN que los fundamentos económicos y sociales para regular en materia de servicios no difieren en los distintos sectores de los servicios y puede ser más favorable la creación de disciplinas horizontales²⁹⁵. Entre otras razones para preferirlas, las disciplinas horizontales pueden crear un impacto más amplio y economizar el esfuerzo de negociaciones, podrían cubrir automáticamente nuevos servicios o modos de suministro y reducir el riesgo de la captura regulatoria e influencias de grupos de intereses sectoriales, mejorarían la eficiencia, garantizarían la coherencia del proceso en todos los sectores.

DELIMATSIS por su parte se muestra más a favor de un enfoque dual en el que se desarrollen disciplinas horizontales y sectoriales a la vez que sean complementarias. Las disciplinas sectoriales son preferibles en sectores con fuerte intervención regulatoria como en el caso de los servicios financiero y pueden ser en general más fáciles de obtener, en cambio algunos principios pueden ser aplicados horizontalmente como las relacionadas con un regulador independiente o regulación

DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Líneas generales de la posición de los Estados Unidos sobre un proyecto de texto consolidado en el marco del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional*, Comunicación los Estados Unidos, Doc. JOB(06)/223, 11 de julio de 2006, párr. 6. Ver también las discusiones sobre la propuesta de Australia acerca de Disciplinas sobre Servicios Jurídicos y de Ingeniería, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada los días 20 y 23 de septiembre de 2005*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/31, 21 de octubre 2005, párrs. 19–33; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu - Disciplinas sobre transparencia en la reglamentación nacional en el sector de las telecomunicaciones*, Doc. S/WPDR/W/36, 14 de septiembre 2005.

²⁹³ *Vid.* WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", *op. cit.*, p. 242.

²⁹⁴ Ves especialmente la posiciones de EEUU, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada los días 20 y 23 de septiembre de 2005*, Doc. S/WPDR/M/31, 2005, *cit.*, párr. 33.

²⁹⁵ *Vid.* MATTOO, A., "Developing Countries in the New Round of GATS Negotiations: Towards a Pro-Active Role", *op. cit.*, p. 484. El autor resaltó que “*even though services sectors differ greatly, the underlying economic and social reasons for regulatory intervention do not*”. Por ejemplo monopolios, asimetrías de la información y externalidad se pueden encontrar en todos los sectores. *Vid.* también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 2 de octubre de 2000*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WDR/M/8, 17 de noviembre 2000, párr. 4.

precompetitiva, lo que puede ir acompañado de salvaguardias para la competitividad. Ya incluidos en el documento de referencia de los servicios de telecomunicaciones²⁹⁶.

En relación a las disciplinas sectoriales KRAJEWSKI comenta que las disciplinas sectoriales pueden ser más adecuadas desde el punto de vista regulatorio, ya que “*they can address the specific needs and circumstances of regulation in a particular sector better than horizontal disciplines applying to all sectors*”.²⁹⁷ En este mismo sentido, ABUGATAS señala que las disciplinas horizontales, ya que necesitarían ser amplias y en gran medida abstracta, finalmente tendrían que ser interpretado caso por caso en procedimientos de solución de diferencias. Anotó que “*Sectoral disciplines may be more appropriate because they can be tailored to fit the particular needs and circumstances of regulation in a particular sector and will provide higher predictability*”²⁹⁸.

De esta forma varios de los PED han venido mostrando preferencia por disciplinas horizontales en sus propuestas, por considerar que éstas presumiblemente restringen en menor grado que las sectoriales su autonomía regulatoria²⁹⁹. También debe considerarse que en algunos casos puede ser también conveniente para los PED desarrollar disciplinas sectoriales más específicas. Por ejemplo, en relación a sectores de servicios profesionales, donde puede ser más factible que exporten, las disciplinas podrían ser más detalladas. Se podrían detallar las condiciones de membresía en organizaciones profesionales como resquicio para licencias o autorización para el ejercicio profesional de abogado o para consultorías medicas mediante internet, descartando estándares más amplios y en algunos casos menos claros y más complicados de cumplir para estos países.

En todo caso, la realización de disciplinas horizontales no se ha alcanzado hasta la fecha, como señalan LIM Y DE MEESTER, la experiencia de los 15 últimos años de negociación del GTRN demuestra que las negociaciones horizontales no han sido nada fáciles. Las diferencias entre los sectores de servicios en términos de intensidad regulatoria, prácticas y objetivos públicos específicos son significantes, por lo que los objetivos e interese de las disciplinas pueden ser diferentes. Por ejemplo, las disciplinas en las regulaciones domésticas en los servicios

²⁹⁶ Vid. DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, op. cit., p. 183.

²⁹⁷ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, op. cit., p. 139.

²⁹⁸ Vid. ABUGATTAS MAJLUF, L., "Domestic Regulation and the GATS: challenges for developing countries", UNCTAD, Final Draft, Geneva, 2006, p. 20. Por ejemplo afirma que ni siquiera en el caso de servicios que son muy similares como en los servicios profesionales, en donde la asimetría de la información es el principal problema a resolver por las regulaciones domésticas, no hay seguridad que las disciplinas que se adopten para un sub-sector se ajusten a otros. Como en el caso de las disciplinas del sector de contabilidad que difícilmente se puede extender al sector de abogacía.

²⁹⁹ Esta reflexión respecto a la preferencia de los PED por disciplinas horizontales ha sido presentada por KRAJEWSKI. Vid. KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T., et al. (eds.), *WTO-Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 165-196, p. 186.

profesionales pueden naturalmente tratar aspectos relacionados con la competencia y la habilidad de suministrar servicios, mientras que las disciplinas los servicios de redes buscarán frenar la colusión, asegurar el acceso a los servicios esenciales de infraestructura, independencia del regulador, entre otros³⁰⁰. El reto sigue siendo cómo encontrar un balance entre estos objetivos que puedan ser abarcados en un instrumento horizontal y que satisfaga también los intereses de los distintos Miembros. En este contexto parece que un posible resultado de disciplinas horizontales mínimas podría desencadenar lógicamente una continuación de negociaciones para disciplinas sectoriales más específicas. Cabe plantearse nuevamente si el alcance de disciplinas con el enfoque horizontal es satisfactorio para los intereses de los PED.

b. Momentos y metodologías de la negociación del GTRN

La metodología de negociación adoptada por el GTRN ha ido variando según han avanzado las negociaciones, de acuerdo a las diferentes prioridades de los Miembros y en relación a los momentos del contexto más amplio de las negociaciones de la RD.

En una primera etapa las discusiones sobre las disciplinas horizontales³⁰¹ fueron bastante generales y amplias, esencialmente orientativas sobre aspectos conceptuales y abarcando un rango variado de aspectos³⁰². El aspecto principal fue el llamado “examen de los conceptos relativos a la elaboración de disciplinas en materia de reglamentación”. En este ámbito las esferas de política o conceptos considerados principalmente fueron: necesidad, transparencia, equivalencia y estándares internacionales³⁰³. También se revisaron otros elementos más generales como el alcance de las

³⁰⁰ Vid. LIM, A. H. Y DE MEESTER, B., (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014, p. 12.

³⁰¹ Cabe recordar que las reuniones GTRN también consideraron en los debates aspectos relacionados con las disciplinas para los servicios profesionales, en este ámbito se debatieron, entre otros, el reconocimiento y la aplicabilidad de las disciplinas de contabilidad a otra profesiones.

³⁰² Vid. FOOTER, M. E., "The General Agreement on Trade in Services: Taking Stock and Moving Forward", *Legal, Economic and Political Analysis*, vol. 1, 2002, pp. 802-953, Sobre la metodología de negociación en el GTRN en las etapas por las que pasó ver DELIMATSI, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, op. cit., pp. 183-184; WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", op. cit., pp. 220-223; GOVINDASAMY, P., "Domestic Regulations in Services: A chairman's perspective", en LIM, C. L. Y LIANG, M. (eds.), *Economic Diplomacy*, Singapore, World Scientific Publishing 2011, pp. 103-122, en pp. 112-113.

³⁰³ Inicialmente estas áreas se identificaron por la Secretaría como pertinentes al elaborar las disciplinas, sobre la base del texto del párrafo 4 del artículo VI, de las disciplinas para el sector de la contabilidad y de otros acuerdos de la OMC sobre reglamentación en materia de mercancías (Acuerdo OTC y Acuerdo MSF). Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Párrafo 4 del artículo VI del AGCS: Disciplinas de reglamentación nacional para todos los servicios*, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/96, 1 de marzo 1999, párr. 6. Estos elementos fueron conocidos como el *Checklist of Issues*, vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Checklist of Issues for WPDR*, Informal Note by the Secretariat, Doc. JOB(01)/92 (5067/Rev.1), 19 June 2001. Las discusiones relacionadas con estos temas se añadieron en forma de Anexo a las minutas de las reuniones del GTRN. Vid. OMC, Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional, Informe de la reunión celebrada el 2 de octubre de 2000, Doc. S/WDR/M/8, 2000, cit., párr. 2 y anexo. Posteriormente el *Resumen de los debates sobre la Lista recapitulativa de*

disciplinas y la relación de las disciplinas con el TN y el AM.. Junto al estudio de conceptos, los Miembros a solicitud de la Secretaría presentaron ejemplos de tipos de medidas regulatorias que consideraban deberían ser incluidas en el alcance de las disciplinas del art. VI:4³⁰⁴. La Secretaría compiló los ejemplos que presentaron los Miembros, considerando también los materiales sobre contabilidad realizados por Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales³⁰⁵. En base a estas lista se examinó cómo el art. VI:4 podría lidiar con medidas regulatorias de forma concreta, el fin último era descartar del proceso de negociación del GTRN aquellas medidas que específicamente estuvieran ya incluidas en las disciplinas del sector de la contabilidad y comprendidas en el ámbito de los arts. XVI o XVII, y definir más claramente el objeto y fin de cualquier disciplina futura. Esta actividad, sin embargo, resultó bastante complicada y algunas veces los ejemplos de medidas no pudieron ser claramente excluidos de la aplicación de otras disposiciones del AGCS³⁰⁶. El debate

cuestiones para el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional se separó de las actas de las reuniones formales en el 2002 (el primer documento de trabajo con el resumen de los debates informales fue JOB(02)/03, de fecha 29 de enero de 2002). De conformidad con el procedimiento habitual. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 12 de marzo de 2002*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/15, 10 de abril 2002, párr. 3.

³⁰⁴ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 29 de noviembre de 2000*, Doc. S/WPDR/M/9, 12 de marzo 2001, párr. 4; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 22 octubre 2002*, Doc. S/WPDR/M/18, 3 de diciembre 2002, párr. 8; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Resumen de la reunión celebrada el 4 de diciembre de 2002*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/19, 29 de enero 2003, párrs. 8-11.

³⁰⁵ *Vid.* la última revisión de la lista de ejemplos de medidas, OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría - Revisión*, Documento de trabajo, Doc. JOB(02)/20/Rev.10, 31 de enero 2005. La primera versión del documento es OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría*, Documento de trabajo, Doc. JOB(01)/62/Rev.1, 10 de mayo 2001. La Secretaría recalca que esta lista es solo indicativa y por tanto no es una interpretación autoritativa del art. VI:4, que es autoridad exclusiva de los Miembros. El propósito del documento de ejemplos sólo es facilitar el trabajo del GTRN. El documento de ejemplos se basa en las contribuciones de los Miembros y una revisión por parte de la Secretaría del trabajo del GTSP sobre las Disciplinas en el sector de la contabilidad.

³⁰⁶ La Secretaría observó que los ejemplos no cumplían completamente los requisitos para ser consideradas exclusivamente dentro del ámbito del art. VI:4. Señaló que en un gran número de casos, las medidas enumeradas en esas contribuciones parecen estar sujetas a consignación en listas de conformidad con los artículos XVI o XVII. En la medida en que se aplican al sector de la contabilidad, muchos de los restantes ejemplos parecen estar ya abarcados por las disciplinas aplicables a ese sector. No obstante, con frecuencia, el nivel de detalle de las contribuciones no es suficiente para determinar de forma precisa el sector en el que las medidas se aplican. Otras medidas citadas en las contribuciones de los Miembros parecen estar abarcadas por los párrafos 1 o 2 del artículo VI, pero no corresponden al ámbito del párrafo 4 de dicho artículo. Por ejemplo puede ser el caso de “procedimientos onerosos de solicitud de visados”, (que podrían no tratarse de procedimientos en materia de licencias, títulos de aptitud o normas técnicas), “la inexistencia de una autoridad de reglamentación independiente”, “la falta de coherencia en los reglamentos de aplicación”, “la utilización de la forma oral para facilitar las directrices pertinentes”. Esos procedimientos pueden estar abarcados por el párrafo 1 del artículo VI, pero no parecen constituir medidas de reglamentación comprendidas en el ámbito del párrafo 4 del artículo VI. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría - Revisión*, Doc. JOB(02)/20/Rev.9, 2005, *cit.*, párrs. 4-6, OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4*

fue cada vez más limitado, en tanto que las propuestas específicas de elementos de las disciplinas iban aumentando en el 2003³⁰⁷.

Claramente a partir de la décima revisión del documento sobre ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI, en el 2005 los debates perdieron su impulso a consecuencia de la intensificación de la labor relativa a la elaboración de disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI³⁰⁸. Las contribuciones de los Miembros sobre los ejemplos de medidas y debates conceptuales parece que en todo caso desencadenaron en propuestas concretas de negociación, a partir de las cuales se continuaron las negociaciones del GTRN especialmente a partir del 2004.

Una segunda etapa en las negociaciones se caracterizó primero por la presentación y análisis de comunicaciones de los Miembros o grupos de ellos, que incluían “propuestas de texto”, que contenían aspectos concretos de las disciplinas; y luego por el posterior inicio de la negociación basada en borradores de texto. Esta etapa que está relacionada con el llamado “*momentum*” de las negociaciones del GTRN a partir del 2004 hasta el 2007, cobró un impulso importante y avanza las negociaciones del GTRN, especialmente en relación al resto de negociaciones de servicios de la RD³⁰⁹. Un empuje importante para las negociaciones del GTRN surgió del programa de trabajo de Doha del 2004 donde se llamó a una intensificación en el esfuerzo para concluir las³¹⁰. Las discusiones sobre las propuestas³¹¹ se organizaron principalmente mediante la presentación de la propuesta a los Miembros junto con el posterior debate de las mismas³¹² y la realización de debates

del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría - Revisión, Doc. JOB(02)/20/Rev.10, 2005, cit., párrs. 4-6.

³⁰⁷ Por ejemplo, el Presidente del GTRN observó que el debate en relación con ejemplos de medidas concretas había sido muy limitado, e instaba a las delegaciones a que continuaran el examen de esos ejemplos. *Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Resumen de la reunión celebrada el 4 de diciembre de 2002, Doc. S/WPDR/M/19, 2003, cit., párr. 11.* Por su parte, Japón, al presentar su propuesta para las disciplinas en el 2003 e instar a que los Miembros comenzaran a debatir sobre las futuras disciplinas, señaló también que “después de celebrar un amplio debate sobre los ejemplos de reglamentación, convendría empezar a examinar las disciplinas tomando como base las disposiciones concretas”. *Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 24 de febrero de 2003, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/20, 31 de marzo 2003, párr. 7.*

³⁰⁸ El Presidente del GTRN sugirió que el Grupo de Trabajo considerara la posibilidad de suspender los debates específicos sobre este documento de ejemplos y eliminar ese punto del orden del día de su próxima reunión. *Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada los días 20 y 23 de septiembre de 2005, Doc. S/WPDR/M/31, 2005, cit., párr. 57.*

³⁰⁹ *Vid. KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", op. cit., p. 181.*

³¹⁰ *Vid. OMC, Programa de Trabajo de Doha, Doc. WT/L/579, 2004, cit., Anexo C lit. e.*

³¹¹ Se presentaron en el periodo comprendido entre el 2004 al 2006 más de 20 propuestas de los Miembros conteniendo diferentes elementos de las futuras disciplinas, en base a las cuales se han debatido los posteriores borradores de texto de las disciplinas. De estas propuestas 17 incluían proponentes de PED y algunas de ellas incluían tanto a PED y PD como miembros del grupo comunicante.

³¹² Las propuestas se presentaron tanto en reuniones formales o informales a manera de documentos de trabajo o los documentos se circularon de manera informal previamente entre los Miembros. Por ejemplo la propuesta de la CE relativa a los procedimientos en materia de licencias (S/WPDR/W/25, de fecha 10 de julio de 2003). Se presentó en la reunión del 30 de septiembre de 2003. *Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO*

temáticos relacionados con las propuestas presentadas y los posibles elementos de las disciplinas, incluyendo aspectos tales como definiciones, transparencia, prueba de necesidad, reconocimientos, normas técnicas, prescripciones en materia de licencias, procedimientos en materia de licencias, prescripciones en materia de títulos de aptitud, procedimientos en materia de títulos de aptitud, consideraciones relativas al desarrollo, entre otros (estos debates temáticos se realizaron normalmente en reuniones informales)³¹³. La Secretaría preparó una matriz con todas las ofertas formales hechas por Miembros, que fueron listadas junto con las disciplinas sobre contabilidad a fin de servir como una base para continuar con las negociaciones, lo que parece que fue especialmente útil para los PED³¹⁴.

Las negociaciones cobraron fuerza en el 2005 con el envío de varias contribuciones formales e informales de los participantes. El presidente del GTRN organizó consultas informales sobre cómo facilitar las discusiones y lograr avances en el trabajo sobre varios elementos en el tiempo restante hasta la Conferencia Ministerial de Hong Kong. En octubre y noviembre de 2005, el Grupo de Trabajo celebró varias reuniones para preparar un proyecto de texto ministerial y una lista ilustrativa de posibles elementos de las disciplinas para su examen en la Sexta Conferencia Ministerial de Hong Kong en diciembre 2005. La Conferencia recordó la meta de concluir las negociaciones del GTRN antes del fin de la ronda actual de negociaciones³¹⁵ y señaló que la conferencia debería guiarse por la “lista ilustrativa de posibles elementos” confeccionada por el presidente del GTRN³¹⁶. Fue en el 2006 cuando se preparó la primera propuesta de las disciplinas a

SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 30 de septiembre de 2003*, Doc. S/WPDR/M/23, 27 de noviembre 2003. Varias propuestas en el 2006 se presentaron de manera informal. En esta reunión los debates se centraron principalmente en una propuesta revisada del Brasil, Colombia, Filipinas, el Perú y la República Dominicana titulada "Elementos de un proyecto de disciplinas en materia de reglamentación nacional", contenida en el documento JOB(06)/34, de 24 de febrero de 2006, que se debatió esencialmente en la reunión informal del 24 de marzo del 2006 a manera de debate temático. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Resumen de la Reunión Informal celebrada el 9 marzo de 2006*, Nota del Presidente, Doc. JOB(06)/65, 24 de marzo 2006.

³¹³ El Presidente hace referencia a las rondas de reuniones informales que se están realizando con debates temáticos sobre todas las propuestas presentadas por los Miembros, el resumen de los debates informales se distribuía como documento de trabajo. El primero fue el JOB(05)/221, de fecha 6 octubre de 2005. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada los días 20 y 23 de septiembre de 2005*, Doc. S/WPDR/M/31, 2005, *cit.*, párr. 48. Antes de octubre del 2005 los resúmenes de los debates informales aparecían en las actas de las reuniones informales a manera de anexos.

³¹⁴ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, *Acta de la reunión de 30 de noviembre de 2000*, Doc. S/WPGR/M/30, 2000, *cit.*, párr. 139–142, 160. Ruanda señaló que la Matriz era muy útil, “especialmente para los Miembros del Grupo Africano y el Grupo de los PMA, que no podían participar en todas las reuniones en las negociaciones, ya que facilitaba la remisión a todas las propuestas presentadas”.

³¹⁵ *Vid.* OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Programa de Trabajo de Doha, Declaración Ministerial - Adoptada el 18 de diciembre de 2005*, Doc. WT/MIN(05)/DEC, 2005, *cit.*, párr. 25.

³¹⁶ El 15 de noviembre de 2005 el Presidente del Grupo de Trabajo presentó un informe de situación al que se anexaba la lista ilustrativa de posibles elementos de las disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe del Presidente del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional al Consejo del Comercio de Servicios en Sesión*

manera de un documento de trabajo refundido, elaborado por el presidente del GTRN sobre la base de las propuestas presentadas por los Miembros, la mayoría de los Miembros consideraron este texto inicial para alcanzar el texto final³¹⁷. En julio de 2006 se suspendieron las negociaciones de Doha, pero las del GTRN continuaron aunque más lentamente y aumentaron su ritmo nuevamente a inicios de 2007³¹⁸. En abril del 2007 se elaboró el primer proyecto de texto sobre disciplinas, que tenía el objetivo de juntar las diferentes propuestas y de dar una base para lograr un compromiso en áreas de desacuerdo³¹⁹. Según los Miembros, este constituía una base aceptable para las negociaciones y en base a éste se continuaron realizando consultas informales de los diferentes elementos de las disciplinas³²⁰. Este borrador no alcanzó un consenso de los Miembros, ya que al intentar lograr un punto de equilibrio, no satisfizo plenamente a ninguno, sin embargo contiene los elementos esenciales de las disciplinas y es probable que la versión final se dé mucho de este borrador. Se realizaron dos revisiones posteriores del texto en el 2008³²¹ y el 2009³²² basadas en las negociaciones con el objetivo de ir cerrando brechas y sugerir fórmulas intermedias en varias disciplinas. En base al borrador del 2009 se continuaron las negociaciones.

La tercera etapa de las negociaciones es la situación actual, en la cual se estancó el proceso y los debates están en cierta medida paralizados, ya que los Miembros se han centrado en análisis técnicos de los posibles elementos incluidos en las disciplinas. Esto se dio especialmente a partir

Extraordinaria, Doc. JOB(05)/280, 15 de noviembre 2005, Anexo I: Lista ilustrativa de posibles elementos de las disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI. También presentó al Presidente del Consejo del Comercio de Servicios en Sesión Extraordinaria un texto que recomendaba sobre la reglamentación nacional (JOB(05)/279).

³¹⁷ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS - documento de trabajo refundido, Nota del Presidente*, Documento de trabajo, Doc. JOB(06)/225, 12 de julio 2006. El texto contiene los elementos principales de las propuestas y refleja las diferentes posiciones agregando textos alternativos. Sobre el proceso de negociación en el 2006 vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional al Consejo del Comercio de Servicios (2006)*, Doc. S/WPDR/9, 20 de noviembre 2006, párr. 6.

³¹⁸ Se realizaron esencialmente consultas informales técnicas a fin de elaborar el primer borrador de las disciplinas. Vid. GOVINDASAMY, P., "Domestic Regulations in Services: A chairman's perspective", *op. cit.*, p. 113.

³¹⁹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal del Presidente*, 2007, *cit.*

³²⁰ *Ibid.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional al Consejo del Comercio de Servicios (2007)*, Doc. S/WPDR/10, 13 de noviembre 2007, párr. 3-4.

³²¹ Vid. OMC, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Revised Draft - Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4*, 23 January 2008.

³²² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, Documento de Sala (*Texto del Presidente del 2009*), 20 de marzo de 2009.

del 2011³²³ cuando los Miembros no pudieron llegar a un acuerdo en relación a la última reversión del borrador de las disciplinas presentado por el presidente el GTRN en el 2009, especialmente por las posiciones opuestas en relación a la inclusión de la prueba de necesidad.

Durante el 2010 se entró en una fase intensa de negociaciones para la redacción y en particular mediante la depuración del texto del borrador³²⁴, a pesar de los esfuerzos no se llegó a convergencia sobre todo los elementos del texto aunque sí en varios. El proyecto de las disciplinas según el informe de situación del 2011 presenta diferentes niveles de avance, en algunas disciplinas se ha llegado a un acuerdo ad referendum. En otras disciplinas se ha logrado llegar a una alternativa única de entre las propuestas, en tanto que en otros siguen existiendo múltiples alternativas y opciones de texto. Además, los Miembros siguen teniendo diferencias fundamentales sobre la inclusión del criterio normativo de la prueba de necesidad³²⁵. Tras la reanudación de las negociaciones del GTRN a partir de finales del 2011 los debates sustantivos de las disciplinas se basaron en una lista única de preguntas sobre cuestiones técnicas³²⁶. Esta paralización del debate sobre los distintos párrafos del texto de las disciplinas es debido a la falta de voluntad política de las partes y está conectada con la suspensión de las negociaciones de servicios a partir de la segunda mitad del 2011³²⁷. Si bien el paquete de Bali del 2013 reactivó las negociaciones en

³²³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 14 de abril 2011 y el mandato de pasar a negociaciones técnicas.

³²⁴ Se realizaron varias reuniones especialmente entre enero y principios de abril del 2011, donde se revisó el texto de borrador del 2009 y propuestas conexas a fin de identificar las partes de la propuesta que eran “estables y las que requerían más trabajo, se discutió sobre el contenido específico y el nivel de ambición del texto. *Ibid.*; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Negociaciones sobre el Comercio de Servicios - Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales*, Doc. TN/S/36, 2011, *cit.*. Vid. también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional al Consejo del Comercio de Servicios (2011)*, Doc. S/WPDR/14, 24 de octubre 2011.

³²⁵ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, párr. 9-14.

³²⁶ Según consta de la nota informal del Presidente titulada “Lista de posibles cuestiones técnicas para debate” (RD/SERV/68) y en el documento “Sinopsis de las cuestiones técnicas sometidas a debate” (RD/SERV/70). En total, los Miembros han presentado 93 preguntas (no accesibles). Se abordan las cuestiones planteadas durante las negociaciones del GTRN sobre los conceptos y términos relativos a la reglamentación nacional, así como sobre las prácticas actuales de los Miembros en materia de reglamentación. Los debates se han realizado de modo informal y el Presidente facilita resúmenes, junto con información sobre las prácticas concretas de reglamentación comunicadas por los Miembros. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional al Consejo del Comercio de Servicios (2012)*, Doc. S/WPDR/15, 5 de diciembre 2012, párr. 1-3.

³²⁷ Cabe mencionar que las negociaciones del GTRN se han incorporado en las negociaciones generales de la agenda de desarrollo de Doha. Ellas se tienen que ver en el contexto de las negociaciones sobre compromisos específicos del AGCS, aunque formalmente son negociaciones separadas que se realizan en órganos separados de la OMC (en el CCS en sesión especial, según el mandato del art. XIX:2). En este sentido, las Guías y procedimientos para las negociaciones del comercio de servicios estipulaban que los Miembros deben finalizar la negociación del art. VI:4 antes de las negociaciones sobre compromisos específicos. Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices y procedimientos para las*

algunos temas del Programa de Desarrollo de Doha, el sector de los servicios no fue uno de ellos³²⁸. Ahora bien, la denominada “labor posterior a Bali”³²⁹ llamó a aprobar un programa de trabajo definido sobre las cuestiones restantes del Programa de Desarrollo de Doha, dentro de ellas el componente de las negociaciones de servicios, para lo cual se vienen realizando intercambios de opiniones de manera informal. En tanto que se apruebe el programa de trabajo de servicios, el GTRN sigue realizando estudios técnicos sobre las disciplinas sobre prescripciones en materia de licencias y títulos de aptitud y normas técnicas. También se celebraron debates sobre la reglamentación nacional en los acuerdos comerciales regionales³³⁰.

Los Miembros han avanzado más lentamente de lo esperado sobre el contenido del programa de trabajo en relación a los servicios. Por el momento están de acuerdo en que las negociaciones sobre AM deben avanzar paralelamente a la esfera de normas. En particular respecto a las disciplinas sobre reglamentación nacionales, las cuales podrían favorecer la obtención de resultados en AM³³¹. Asimismo parecen estar de acuerdo en restablecer las negociaciones tomando como punto de partida los puntos comunes del borrador del 2009, revisado en el 2011. Cabe recordar que

negociaciones sobre el comercio de servicios, reuniones extraordinarias, el 28 de marzo de 2001, Doc. S/L/93, 29 de marzo 2001. Confirmado por la Declaración de Doha, vid. OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, Declaración Ministerial, Adoptada el 14 de noviembre de 2001, Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, 2001, cit., párr. 15.

³²⁸ Vid. OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, *Declaración Ministerial de Bali*, Adoptada el 7 de diciembre de 2013, Doc. WT/MIN(13)/DEC, 11 de diciembre 2013. Se señala que el primer punto y el último punto de la Parte II – Programa de Doha para el Desarrollo – Agricultura se han rectificado como sigue: Servicios generales – Decisión Ministerial- WT/MIN(13)/3637-WT/L/911912; Competencia de las exportaciones – Proyecto de Declaración Ministerial – WT/MIN(13)/40-WT/L/915.

³²⁹ Vid. OMC, CONSEJO GENERAL, *Labor posterior a Bali*, Decisión de 27 de noviembre de 2014, Doc. WT/L/941, 28 de noviembre 2014. Señala que se reanudará inmediatamente la labor y todos los Miembros actuarán con espíritu constructivo para poner en aplicación todas la Decisiones Ministeriales de Bali en los órganos competentes de la OMC, así como para preparar un programa de trabajo claramente definido sobre las cuestiones restantes del PDD como se prescribe en el párrafo 1.11 de la Declaración de Bali. “De conformidad con el párrafo 1.11 de la Declaración de Bali, los Miembros acuerdan que las cuestiones del Paquete de Bali en las que no se pudieron lograr resultados jurídicamente vinculantes, incluidas las cuestiones relacionadas con los PMA, se llevarán adelante con carácter prioritario. El plazo para acordar el programa de trabajo prescrito en la Declaración de Bali será julio de 2015.”

³³⁰ A partir del 2012 los debates sustantivos se basaron en una lista única de preguntas sobre cuestiones técnicas. Según consta de la nota informal del Presidente titulada "Lista de posibles cuestiones técnicas para debate" (RD/SERV/68) y en el documento "Sinopsis de las cuestiones técnicas sometidas a debate" (RD/SERV/70). En total, los Miembros han presentado 93 preguntas (no accesibles). Se abordan las cuestiones planteadas durante las negociaciones del GTRN, sobre los conceptos y términos relativos a la reglamentación nacional, así como sobre las prácticas actuales de los Miembros en materia de reglamentación (debates que se han realizado lugar de modo informal y el Presidente facilita resúmenes, junto con información sobre las prácticas concretas de reglamentación comunicadas por los Miembros. Vid OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional al Consejo del Comercio de Servicios (2012)*, Doc. S/WPDR/15, 2012, cit., párr. 1-3.

³³¹ Ver la reunión informal del Consejo del Comercio de Servicios celebrada el 20 de abril de 2015 a fin de que los Miembros opinaran sobre la forma de definir el componente de servicios del programa de trabajo antes del 31 de julio del 2014, a la luz de las decisiones adoptadas en la Conferencia Ministerial de Bali de 2013 y en la reunión del Consejo General celebrada el 27 de noviembre de 2014. Noticia disponible en https://www.wto.org/spanish/news_s/news15_s/sneps_20apr15_s.htm.

el borrador del 2009 intentó encontrar el delicado equilibrio entre la facilitación del CIS en tanto que respeta tanto el derecho a regular de los Miembros y la dimensión del desarrollo, ha sido valorado como “*the best approximation of what the general traffic can take in the WPDR*”³³².

B. PARTICIPACIÓN DE LOS PED EN LA CREACIÓN DE LAS DISCIPLINAS SOBRE REGLAMENTACIÓN NACIONAL

1. Posiciones e intereses de los PED en las negociaciones del GTRN

Una de las prioridades de la Ronda de Doha es el programa de trabajo sobre cuestiones de desarrollo, en este sentido, las disciplinas del art. VI:4 se han de elaborar bajo esta perspectiva. Los intereses y prioridades de los PED vienen siendo expresados en las negociaciones, si bien estos intereses y perspectivas de negociación son diversas y no parecen necesariamente complementarse entre ellas.

Varios PED han sido constantemente activos durante las negociaciones del GTRN, dentro ello, el Brasil, la India, México, Hong Kong, Chile, Colombia, las Filipinas, China, Paquistán, Tailandia, el grupo Africano, del Caribe, y Pacífico (ACP), el Grupo de las Economías Pequeñas y Vulnerables. Las posiciones y propuestas de negociaciones de los PED han sido variadas y se organizan generalmente en tres agrupaciones básicas coordinados por Brasil, Hong Kong y la India.

El Brasil lidera el grupo que busca disciplinas que esencialmente resguarden el derecho de los Estados de regular e introducir nuevas medidas reguladoras, sin que se impongan mayores limitaciones exógenas. Esta aproximación también la tienen los países ACP, el grupo Africano y el grupo de Economías Pequeñas y Vulnerables, las inquietudes de estos grupos de países están relacionadas con que presentan instituciones y entes reguladores que aún están en una etapa inicial del desarrollo.

Hong Kong está en la vanguardia de otro grupo, que incluye México, Chile, Taiwán y Corea, que abogan por disciplinas “horizontales” fuertes como un medio para reducir los efectos indebidamente restrictivos de las regulaciones domésticas.

Junto con la India, los países como Tailandia, Paquistán y Perú, Colombia, México y Chile abogan por disciplinas que se centren en las prescripciones y los procedimientos en materia de títulos de aptitud. Este grupo considera como las medidas regulatorias más relevantes de disciplinar aquellas que afectan el Modo 4 o el movimiento temporal de trabajadores de personas físicas.

³³² Vid. GOVINDASAMY, P., "Domestic Regulations in Services: A chairman's perspective", *op. cit.*, p. 113.

En relación a la propuesta de una prueba de necesidad, además de varios PD (Australia, Nueva Zelandia) también algunos PED como Corea, Taiwán y Chile demandan su inclusión en las disciplinas. A diferencia de otros PED como Brasil que principalmente junto a EEUU y la UE buscan una aproximación más minimalista de las disciplinas y descartan la posibilidad de incluir una prueba de necesidad especialmente de una naturaleza horizontal y acentuar la importancia de disciplinas procesales especialmente sobre transparencia.

Una de las cuestiones generalizadas como interés de los PED es la necesidad de asegurar que las disciplinas respeten el principio de soberanía regulatoria tal como aparece en el Preámbulo del AGCS. En este sentido requieren un espacio para la creación de su política comercial lo suficientemente amplio y flexible como para responder a sus diversas necesidades regulatorias, si bien esta necesidad se ha expresado de diferente forma y en distintos niveles en las propuestas.

2. Principales propuestas presentadas por los PED

En este apartado se analizan las principales propuestas presentadas por los PED, en el periodo comprendido entre el 2004 hasta el 2014, considerando especialmente el momento de mayor actividad del GTRN en la elaboración del borrador de las disciplinas y los debates posteriores. A fin de valorar el aporte de los PED en el estado actual de las negociaciones y el posible resultado del texto de las disciplina, considerando sus principales intereses de política reguladora y en el CIS. Para ello se revisan cronológicamente los aportes encontrados en las comunicaciones de los PED considerando los siguientes aspectos temáticos: prescripciones y procedimientos en materia de licencias; prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud; normas técnicas; transparencia; objetivos, alcance y aplicación; definiciones y consideraciones relativas al desarrollo (incluidos el trato especial y diferenciado y la asistencia técnica) se corresponden con los diversos elementos que figuran en las propuestas presentadas. También se consideran los debates de las propuestas en los que han sido comunicantes los PED, tomando en cuenta la compatibilidad y relaciones con otras principales propuestas de los Miembros.

Cuadro de las propuestas presentadas por los PED en el GTRN

PROPONENTE (S)	ELEMENTOS DE LAS DISCIPLINAS	Fecha de la comunicación	Numero de documento
Colombia	Ejemplos de medidas relacionadas con los procedimientos administrativos para la adquisición de visas o permisos de entrada	7 de Julio de 2004	S/WPDR/W/29
México	Disciplinas aplicables a normas y reglamentos técnicos	24 de septiembre de 2004.	S/WPDR/W/30
Chile, la India, México, el Pakistán, Tailandia y el Perú	Prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud	30 de marzo de 2005 30 de mayo de 2006	JOB(05)/50 JOB(06)/160 (se agrega Perú)
(Brasil), Colombia, Filipinas, el Perú y la República Dominicana e Indonesia	Varios aspectos del proyecto de disciplinas de reglamentación nacional	26 de abril de 2005 24 de febrero de 2006 15 de junio de 2006	documento de sala JOB(06)/34 JOB(06)/34/Add.1 (se agrega Indonesia)
Chile, Corea, Hong Kong – China, Suiza, Tailandia y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu	Aplicación de disciplinas a distintos niveles de gobierno y organismos no gubernamentales	27 abril de 2006	documento de sala
Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu	Definiciones de prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y licencias, y normas técnicas,	6 de octubre de 2005	S/WPDR/W/37
Suiza y México	Disciplinas en normas técnicas en materia de servicios	1 de febrero de 2005 28 de octubre de 2005	S/WPDR/W/32 S/WPDR/W/32/Rev.1.
Brasil, Filipinas e Indonesia	Varios elementos de las disciplinas, exclusión de la prueba de necesidad	15 de junio de 2006 2 de mayo de 2006	JOB(06)/133 JOB(06)/133/Add.1
Grupo Africano	Varios elementos de las disciplinas desde la perspectiva del desarrollo	2 de mayo de 2006	documento de sala

Grupo ACP*	Principios favorables al desarrollo en las negociaciones relativas al párrafo 4 del artículo VI del AGCS	2 de mayo de 2006	JOB(06)/136
		19 de junio de 2006	JOB(06)/136/Rev.1
China y el Pakistán	Disciplinas de reglamentación nacional propuestas con arreglo al párrafo 4 del artículo VI del AGCS	29 de mayo de 2006	JOB(06)/158
Australia; Chile; Colombia; Corea; Hong Kong, China; Nueva Zelandia y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu,	Propuesta de proyecto de texto	19 de junio de 2006	JOB(06)/193
Economías pequeñas y vulnerables*	Preocupaciones relacionadas con el comercio de las economías pequeñas y vulnerables	2 de 10 de julio de 2006	Poner otras JOB(06)/66/Rev.2
Brasil, el Canadá y los Estados Unidos	Opiniones sobre la cuestión de la prueba de necesidad	22 de marzo de 2011	S/WPDR/W/442

*Antigua y Barbuda, Barbados, Cuba, Dominica, El Salvador, Fiji, Granada, Guatemala, Honduras, Jamaica, Mauricio, Mongolia, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, St Vicent and The Granadines, Trinidad y Tobago.

a. *Propuesta de Colombia sobre los procedimientos para la adquisición de visas o permisos de entrada*

Una de las primeras preocupaciones de los PED en las negociaciones del GTRN fue la transparencia regulatoria en los requisitos y procedimientos regulatorios, la cuál debe ser accesible para todas las partes involucradas. De particular interés es la transparencia en procedimientos relacionados con el AM en el Modo 4, en tanto que son los que suelen ser requeridos a los PED. En este sentido, Colombia presentó en el GTRN en el 2004 un documento de que contenía ejemplos de medidas en materia de procedimientos administrativos para obtención de visados³³³. La comunicación se enfocó en los conceptos normativos relacionados con los procedimientos de licencias que podrían ser objeto del contenido de las nuevas disciplinas, en el sentido que los procedimientos en materia de licencias en ciertas circunstancias crearían en sí mismos importantes obstáculos al suministro de servicios³³⁴. Colombia consideraba que los procedimientos administrativos para la obtención y renovación de visas o permisos de entrada constituían un importante obstáculo al CIS, de especial relevancia para las empresas y proveedores de servicios colombianos y que creaban serios problemas derivados de estos procedimientos y de la falta de transparencia³³⁵. En base a las dificultades causadas por la excesiva complejidad de los procedimientos administrativos y las facultades discrecionales, presentó varios ejemplos de tipos de medidas administrativas requeridas por las autoridades migratorias que podían constituir obstáculos al CIS. Los ejemplos abarcan aspectos tales como plazos de tramitación de las visas, los costos asociados con los trámites, documentos, requisitos y condiciones necesarios para solicitar la visa, publicación de los trámites, requisitos de tramitación y entrevista personal³³⁶. La comunicación incluía también unas preguntas finales a fin de usar los ejemplos como una base del debate técnico³³⁷, unas preguntas esenciales que marcaron las posiciones fueron: ¿Cuáles de los ejemplos

³³³ OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas relacionadas con los procedimientos administrativos para la adquisición de visas o permisos de entrada*, Comunicación de Colombia, Doc. S/WPDR/W/29, 7 de julio de 2004.

³³⁴ Cabe recordad que el art. VI:4 c establece dentro de las finalidad de las futuras disciplinas que los procedimientos en materia de licencias no constituyan de por sí una restricción al suministro de servicios.

³³⁵ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *INFORME DE LA REUNIÓN CELEBRADA EL 24 JUNIO DE 2004*, NOTA DE LA SECRETARÍA, DOC. S/WPDR/M/26, 8 DE SEPTIEMBRE 2004, párr. 7.

³³⁶ OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas relacionadas con los procedimientos administrativos para la adquisición de visas o permisos de entrada*, Doc. S/WPDR/W/29, 2004, *cit.*, párr. 7-12, los ejemplos son bastante ilustrativos de la problemática y se han agrupado según se trate de requerimientos para la solicitud y el trámite, documentación necesaria, duración del trámite y autorización de permanencia, costos asociados con el trámite y administración. Incluyen que se retiene el pasaporte hasta dos meses para los procedimientos administrativos; se requería una cita previa a la obtención del visado que podía concederse incluso luego de ocho meses de realizada la solicitud

³³⁷ *Ibid.*, párr. 8.

planteados podrían caracterizarse como medidas abarcadas por el artículo VI:4?, ¿Podrían los procedimientos en materia de visas estar cubiertos por la definición de procedimientos en materia de licencias?³³⁸ Varios Miembros PED como China, Filipinas, India, Brasil, Tailandia, Chile, México, Egipto y Bolivia señalaron compartir las preocupaciones de Colombia y estar de acuerdo en la gravosidad de los procedimientos de visados de los PD, los que deberían ser menos extensos, más razonables o menos discrecionales, y que significaban un impedimento para el Modo 4 en los PED³³⁹.

A fin de esclarecer si los visados podrían constituir un tipo de medidas cubiertas por el art. VI:4, es especialmente relevante el *Anexo sobre el Movimiento de Personas Físicas Proveedoras de Servicios*, en tanto que establece que el AGCS no impedirá que un Miembro aplique medidas para regular la entrada o estancia temporal de personas físicas, siempre que esas medidas no se apliquen de manera que anulen o menoscaben las ventajas resultantes de un compromiso específico³⁴⁰. Colombia y otros PED consideran que la falta de transparencia y mala administración en de las medidas regulatorias relacionadas con el régimen de entrada y visados podría en determinadas circunstancias causar que se anulen ventajas resultantes de los compromisos realizados. Estas medidas estarían vinculadas con la entrada temporal del personas naturales del Modo 4 de suministro de servicios y en ningún caso se trataría de medidas relacionadas con permisos residencia o empleo con carácter permanente³⁴¹. Sin que esto implicara que se cuestionara el derecho que tienen los gobiernos para regular la entrada o estancia temporal de personas naturales en su territorio.

³³⁸ Colombia pone de manifiesto que la definición de los procedimientos en materia de licencias según una nota de la Secretaría son: son procedimientos administrativos para la presentación y tramitación de las solicitudes de licencias y abarcan aspectos como el plazo de tramitación de las licencias, así como los documentos y la información necesarios para solicitar una licencia. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, *Pertinencia de las disciplinas de los acuerdos sobre obstáculos técnicos al comercio y sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación a los efectos del párrafo 4 del Artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPPS/W/9, 11 de septiembre 1996.

³³⁹ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada los días 8 y 18 de febrero de 2005*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/29, 11 de julio 2005, párr. 10-15, 17 y OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 24 de septiembre de 2004*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/27, 15 de noviembre 2004, párr. 32.

³⁴⁰ En art. 4 del Anexo sobre el Movimiento de Personas Físicas Proveedoras de Servicios en el marco del Acuerdo señala: El Acuerdo no impedirá que un Miembros aplique medidas para regular la entrada o la estancia temporal de personas físicas en su territorio, incluidas las medidas necesarias para proteger la integridad de sus fronteras y garantizar el movimiento ordenado de personas físicas a través de las mismas, siempre que esas medidas no se apliquen de manera que anule o menoscabe las ventajas resultantes para un Miembro de los términos de un compromiso específico.

³⁴¹ Estando también de conforme al art. Art. 2 del Anexo, en el sentido que las el AGCS no se aplica a las medidas que afecten a las personas físicas que traten de acceder al mercado de trabajo de un Miembro, ni a las medidas en materia de ciudadanía, residencia o empleo con carácter permanente

Varios PD como la UE, los EEUU y Japón entre otros, por su lado, se limitaron a señalar que los procedimientos administrativos en materia de visados no quedaban abarcados en el ámbito de aplicación del art. VI:4, descartando cualquier posibilidad de incluirlas en las negociaciones³⁴². Australia por ejemplo señaló que “en su opinión, los visados y los permisos de entrada otorgaban al proveedor el derecho de entrar en un país, en tanto que la licencia confería el derecho de suministrar el servicio”.³⁴³ Según la UE, el art. 4 del Anexo de personas física requiere la “anulación y menoscabo”, y no que se dé una “infracción” y que la cuestión de si generaba una anulación o menoscabo se abordaba habitualmente caso por caso, y no era *per se* un asunto relacionado con la reglamentación nacional.³⁴⁴

Los debates no avanzaron hacia un consenso, en tanto que algunos países presentaron posteriormente una propuesta que incluía cuestiones relacionadas con el problema de falta de buena administración de los procedimientos de licencias y la importancia para el Modo 4, donde se incluía claramente la posición de Colombia³⁴⁵. Asimismo, posteriormente Australia y un grupo de PED presentaron una propuesta conjunta en la que se proponía que las disciplinas incluyeran el siguiente texto: “Estas disciplinas se aplican a las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y las normas técnicas que se apliquen como parte o de medidas que regulen la entrada o la estancia temporal de personas físicas en el territorio del Miembro, o conjuntamente con esas medidas, en tanto el AGCS sea aplicable a tales medidas de conformidad con el Anexo sobre el

³⁴² Vid. los comentarios de la UE y EEUU en OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada los días 8 y 18 de febrero de 2005*, Doc. S/WPDR/M/29, 2005, *cit.*, párr. 117 y 125.

³⁴³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 24 de septiembre de 2004*, Doc. S/WPDR/M/27, 2004, *cit.*, párr. 26, 38; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada los días 8 y 18 de febrero de 2005*, Doc. S/WPDR/M/29, 2005, *cit.*, párr. 109. Por consiguiente también señaló Australia que, a menos que las visas o permisos de entrada pudieran considerarse un tipo de licencia, a Australia le parecía que el párrafo 4 del artículo VI no era aplicable a las medidas impuestas por las autoridades de inmigración con respecto a las visas o permisos de entrada.

³⁴⁴ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 24 de septiembre de 2004*, Doc. S/WPDR/M/27, 2004, *cit.*, párr. 33. También señaló la UE que si bien las normas del AGCS sí eran pertinentes, había dos condiciones acumulativas que cumplir. En primer lugar, un Miembro debía haber adoptado compromisos específicos y, en segundo lugar, la exigencia de visado debía tener el efecto de anular o menoscabar esos compromisos específicos.

³⁴⁵ Ver en análisis en los siguientes párrafos de la propuesta de Brasil y otros del 2005. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Elementos de los proyectos de disciplinas en materia de reglamentación nacional*, Comunicación de Brasil, Colombia, Filipinas, el Perú y la República Dominicana, Doc. de sala, 26 de abril 2005; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil, Colombia, Filipinas, Indonesia, el Perú y la República Dominicana, Elementos de un proyecto de disciplinas en materia de reglamentación nacional*, Doc. JOB(06)/34, 24 de febrero 2006 y OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil, Colombia, Filipinas, Indonesia, el Perú y la República Dominicana, Elementos de un proyecto de disciplinas en materia de reglamentación nacional - Addendum*, Doc. JOB(06)/34/Add.1, 15 de junio 2006.

movimiento de personas físicas³⁴⁶. Sin embargo, estas propuestas consensuadas entre varios PED y PD no se reflejaron en los borradores de texto del presidente.

b. Propuestas de Bolivia, Chile, la India, México, el Pakistán y Tailandia y Perú sobre prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud

En marzo del 2005, varios PED (Bolivia, Chile, la India, México, el Pakistán y Tailandia) presentaron una comunicación sobre disciplinas relacionadas con prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud.³⁴⁷ Esta propuesta, luego de mantenerse algunos debates, se revisó y se presentó nuevamente, uniéndose Perú como comunicante en mayo del 2006³⁴⁸. El interés de los PED es elaborar disciplinas que ayuden a limitar los obstáculos innecesarios en el reconocimiento de titulaciones, que pueden imponer las reglamentaciones nacionales, beneficiando a los proveedores de servicios de obtener un acceso eficaz a los mercados. En tanto que la falta de reconocimiento es un importante obstáculo al movimiento de las personas físicas, estas disciplinas son especialmente relevantes. Con respecto a las prescripciones en materia de títulos de aptitud, el documento mencionaba una lista detallada de 11 elementos³⁴⁹, el primero de ellos es que las prescripciones serán preestablecidas, de conocimiento público y objetivo. Dentro los otros aspectos propuestos destacan:

- Creación de mecanismos de verificación y evaluación, que estipulen el título de aptitud requerido para suministrar el servicio y que establezcan criterios equivalentes para el reconocimiento de los títulos de aptitud obtenidos en el país de origen y en el extranjero.
- Cuando no sean verificables directamente, se deberán establecer prescripciones adicionales que deben cumplir los proveedores de servicios a fin de obtener el título de aptitud necesario para suministrar el servicio (exámenes, cursos, formación práctica y experiencia profesional, según las circunstancias de cada caso).
- Permitir que se cumplan esas prescripciones adicionales en el país de origen o en terceros países o explicar por qué no solamente pueden cumplirse en el país receptor.
- Considerar en sentido favorable que el proveedor de servicios pertenezca a asociaciones/instituciones profesionales en el país de origen.

³⁴⁶ OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI - Propuesta de proyecto de texto*, Comunicación de Australia; Chile; Colombia; Hong Kong, China; Corea; Nueva Zelanda y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, Doc. JOB(06)/193, 19 de junio de 2006, párr. 7.

³⁴⁷ OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Elementos propuestos para las disciplinas sobre prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud*, Comunicación de Chile, la India, México, el Pakistán y Tailandia, Doc. JOB(05)/50, 30 de marzo 2005. Se presentó inicialmente el documento de trabajo copatrocinado por Chile, la India, el Pakistán y Tailandia en febrero del 2005, documento que se revisó someramente y se envió como un documento informal en marzo del 2006, con el adicional copatrocinio de México y Bolivia.

³⁴⁸ OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas propuestas sobre prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud*, Comunicación de Chile, la India, México, el Pakistán, el Perú y Tailandia, Doc. JOB(06)/160, 30 de mayo 2006.

³⁴⁹ *Ibid.*, párr. 7-17.

- Asegurar que los exámenes para la verificación de titulaciones versen sobre temas pertinentes a la actividad sujeta a las prescripciones en materia de títulos de aptitud.
- No exigir que se tenga la residencia o la experiencia laboral en el país receptor para la admisibilidad a esos exámenes (salvo que sea necesario para realizar los objetivos de su política nacional).
- El requisito de dominio del idioma del país receptor no constituya de por sí una restricción para examinarse.

Respecto a los procedimientos de cualificación, la propuesta buscaba, entre otros:

- Asegurar que los procedimientos sean transparentes y de conocimiento público.
- La verificación y evaluación de los títulos de aptitud de los proveedores de servicios obtenidos en el territorio de otro Miembro se completen en un plazo razonable.
- Los exámenes, de ser necesarios, se programen con una frecuencia razonable y se admita en ellos a todos los solicitantes que reúnan las condiciones requeridas, incluidos los solicitantes extranjeros y los titulados en el extranjero. Los solicitantes dispondrán de un plazo razonable para la presentación de solicitudes.
- Los derechos percibidos por las autoridades competentes deben guardar relación con los costos administrativos correspondientes y no representar de por sí un obstáculo para desempeñar la actividad de que se trate.
- Dar oportunidad de una revisión de las decisiones relativas al cumplimiento de las prescripciones en materia de títulos de aptitud. En caso de denegación, darán al proveedor de servicios la oportunidad de presentar de nuevo su solicitud y los demás documentos conexos.

La proposición también incluye una propuesta de una prueba de necesidad general que incluye el contenido del art. VI:4 en relación a los títulos de aptitud, en especial “que no sean más gravosos de lo necesario para cumplir con los objetivos de políticas nacionales.”³⁵⁰

El documento dio lugar a discusiones prolongadas y sustantivas, en las que muchos Miembros parecían compartir sus principios básicos, pero tenían dificultades en algunos casos en la completa aplicación de las disciplinas; en las implicaciones en relación a los costos económicos y administrativos de las reformas que serían necesarias; y en algunas de las propuestas y en general la dificultad de aplicarlas en la práctica. Además, podría afectar en algunos casos a instituciones locales y no gubernamentales y en algunos casos sería necesario modificar sus marcos normativos y prácticas internas³⁵¹. Si bien en varias disciplinas de la propuesta revisada del 2006 se había escogido un lenguaje de mejor esfuerzo a sugerencia de algunos Miembros en los debates, por ejemplo, las disposiciones relativas a la "pertenencia a asociaciones profesionales" se convirtieron

³⁵⁰ *Ibid.*, párr. 6 y en su anterior propuesta OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Elementos propuestos para las disciplinas sobre prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud*, Doc. JOB(05)/50, 2005, *cit.*, párr. 2.

³⁵¹ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Resumen de la reunión informal celebrada el 2 de mayo de 2006*, Nota del Presidente, Doc. JOB(06)/157, 29 de mayo 2006, párr. 31.

en cláusulas de máximo empeño y se había eliminado la prueba de necesidad de la disposición relativa al “idioma para rendir examen”.³⁵² También cabe mencionar que la implementación de las disciplinas por decisión exigiría regímenes internos en los procedimientos y prescripciones regulatorios y en algunos casos en aspectos institucionales más generales, por lo que dependerá más bien de los Miembro el nivel de compromiso, capacidad e interés en adoptar cierto tipo de disciplinas.

Un elemento en debate fue el concepto de “equivalencia” que se introdujo en la propuesta³⁵³ algunos argumentaban que este concepto era dudoso y poco conocido. Sin embargo, como aclararon los proponentes, el principio de equivalencia no es lo mismo que reconocimiento³⁵⁴. Por otro lado, este término ya se ha utiliza en otros ámbitos del AGCS, como las disciplinas sobre contabilidad y en otros Acuerdos de la OMC, como los Acuerdos OTC y MSF³⁵⁵. Otro aspecto cuestionado fue la posibilidad de subsanación de deficiencias en el país de destino o en terceros países, ya que alguno Miembros consideraban que sería una limitación a sus prerrogativas así como la posibilidad de que se tome en cuenta la experiencia profesional en vez de la formación académica. En este caso, parece que lo que podrían en todo caso aceptar los Miembros eran disciplinas basadas en el máximo empeño.

c. Propuesta de Chile, Taipéi Chino, Corea, Hong Kong - China, Suiza, Tailandia y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu sobre la aplicación de las disciplinas en diferentes niveles

En marzo de 2005, Chile, Taipéi Chino, Hong Kong - China, Corea, Suiza y Tailandia presentaron un documento de trabajo sobre la aplicación de las disciplinas reglamentarias en distintos niveles de organismos gubernamentales y no gubernamentales³⁵⁶. En el documento se

³⁵² *Ibid.*, párr. 20.

³⁵³ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas propuestas sobre prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud*, Doc. JOB(06)/160, 2006, *cit.* Por ejemplo, en el párrafo 8 propone: “los Miembros establecerán mecanismos para la verificación y evaluación de los títulos de aptitud... Los mecanismos estipularán los títulos de aptitud requeridos para suministrar el servicio y aplicarán *criterios equivalentes* para el reconocimiento de los títulos de aptitud obtenidos en el país de origen y en el extranjero”; en el párrafo 9 señala: Cuando se determine que los títulos de aptitud son *equivalentes* a los requeridos para suministrar el servicio, los Miembros los reconocerán.

³⁵⁴ *Vid.* TRACHTMAN, J. P., "Mutual recognition of services regulation at the WTO", *op. cit.*, p. 113. Siguiendo a Josep WEILER, apunta que la doctrina judicial enunciada en el Caso *Cassis de Dijon* por el TJUE es mejor denominado “equivalencia funcional” o “equivalencia”. Respecto del reconocimiento mutuo, es la determinación particular, caso por caso, de que la regulación nacional o del país de exportación es equivalente (en términos que satisface la meta regulatoria) a la regulación del país receptor o importador. *Vid.* TJCE, *Asunto 120/78 - “Cassis de Dijon” - Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 de febrero de 1979.

³⁵⁵ TRACHTMAN, J. P., "Mutual recognition of services regulation at the WTO", *op. cit.*, p. 118-119.

mencionaba que el ámbito del AGCS abarcaba las medidas adoptadas a nivel central, regional y local por los gobiernos y autoridades, así como por los organismos no gubernamentales en el ejercicio de los poderes delegados. También se destacó que las reglamentaciones nacionales podrían administrarse a todos los niveles gubernamentales y que podrían convertirse en barreras innecesarias para el comercio. Por tanto, los copatrocinadores expresaron el punto de vista de que las disciplinas que debían establecerse debían aplicarse a todos los niveles de gobierno.

El documento se reconocía la necesidad de tener en cuenta la capacidad reguladora de los países en desarrollo y de los PMA, así como de los costes administrativos que ello implicaría. Además, se incluyeron tres cuestiones para determinar hasta qué punto las medidas adoptadas por los organismos no gubernamentales debían estar sujetas al AGCS (carácter voluntario frente a obligatorio de las medidas; aplicabilidad de las medidas y sus posibles relaciones con las reglamentaciones gubernamentales).

El documento también contenía varias propuestas específicas sobre la transparencia. Se proponía por ejemplo que las obligaciones sobre transparencia se cumplan por “cada una de las autoridades competentes”, también que se mantenga una lista pública de las autoridades competentes (incluidos todos gobiernos regionales, locales y subfederales y las autoridades y organismos no gubernamentales) involucrados en los servicios específicos.

En principio, los Miembros estuvieron de acuerdo en que las disciplinas deberían cubrir todos los niveles de gobierno. El debate se centró en las medidas incluidas en las disciplinas que debían ser adoptadas por una organización no gubernamental, y los posibles costes que implicaría la aplicación de las obligaciones de transparencia a todos los niveles de gobierno.

d. Comunicación de México sobre su experiencia de en relación a las disciplinas aplicables a las normas técnicas y Comunicación de Suiza y México en disciplinas sobre las normas técnicas en materia de servicios

México en el 2004 presentó una aportación en la que revisaba su experiencia nacional en las disciplinas sobre estándares técnicos y reglamentaciones de servicios³⁵⁷. El interés de México era el desarrollo de disciplinas relacionadas con normas técnicas en materia de servicios. Posteriormente

³⁵⁶ Comunicación de Chile; Corea; Hong Kong, China; Suiza; Tailandia; y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, *Aplicación de las disciplinas en materia de reglamentación a distintos niveles de gobierno y organismos no gubernamentales*, 27 de abril de 2005 (documento de sala).

³⁵⁷ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Experiencia de México en relación con disciplinas aplicables a las normas y reglamentos técnicos referentes a servicios*, Comunicación de México, Doc. S/WPDR/W/30, 24 de septiembre 2004

presento una propuesta copatrocinada por Suiza relativa las disciplinas sobre normas técnicas en materia de servicios.³⁵⁸

Proponen algunas disciplinas en estándares técnicos, mínimas en línea del OTC. La mayoría de los Miembros se oponen a aplicar las reglas de TBT para los servicios, porque está en desacuerdo con la definición de estándares técnicos en servicios, para algunos de ellos ya cubierta por las prescripciones sobre licencias y títulos de aptitud y además no ven en las normas técnicas una barrera significativa al CIS considerando que no se aplican significativamente en los servicios

e. Propuesta de del Brasil, Colombia, Filipinas, Indonesia, el Perú y la República Dominicana, conteniendo elementos de un proyecto de las disciplinas

Brasil, Colombia, la República Dominicana, Perú y Filipinas presentaron un documento de trabajo en febrero del 2005, en el que se establecían los elementos del borrador de las disciplinas sobre reglamentación nacional, el que se presentó como documento de sala en abril del 2005 y posteriormente se presentó como propuesta formal en un documento de trabajo de febrero del 2006, siguiendo los comentarios de los Miembros en la primera ronda de debates³⁵⁹. En una posterior propuesta del 2 de mayo del 2006, Brasil, Filipinas y luego Indonesia modificaron su comunicación inicial en el sentido de excluir y rechazar la posibilidad de aplicarse disciplinas que incluya una PN³⁶⁰.

Esta propuesta presentada por varios PED fue el primer documento conjunto y elaborado por PED que contiene una propuesta bastante detallada con distintos elementos, posibles de incluir en

³⁵⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Propuesta de disciplinas sobre las normas técnicas en materia de servicios - Revisión*, Comunicación de Suiza y México, Doc. S/WPDR/W/32/Rev.1, 28 de octubre 2005 La propuesta conjunta estuvo basada en la comunicación de Suiza sobre normas técnicas en materia de servicios, en la cual reconocía explícitamente que hacen falta disciplinas sobre normas técnicas más completas que las del sector de contabilidad y presenta un texto completo con los “elementos relativos a las disciplinas sobre normas técnicas” a fin de ser debatido para su incorporación en las disciplinas. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Propuesta de disciplinas sobre las normas técnicas en materia de servicios - Revisión*, Comunicación de Suiza y México, Doc. S/WPDR/W/32/Rev.1, 1 de febrero de 2005.

³⁵⁹ Comunicación del Brasil, Colombia, Filipinas, el Perú y la República Dominicana, *Elementos de los proyectos de disciplinas en materia de reglamentación nacional*, 26 de abril de 2005 (documento de sala revisado, luego convertido en la OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil, Colombia, Filipinas, Indonesia, el Perú y la República Dominicana, Elementos de un proyecto de disciplinas en materia de reglamentación nacional*, Doc. JOB(06)/34, 2006, cit. y OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil, Colombia, Filipinas, Indonesia, el Perú y la República Dominicana, Elementos de un proyecto de disciplinas en materia de reglamentación nacional - Addendum*, Doc. JOB(06)/34/Add.1, 2006, cit.

³⁶⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil y Filipinas - (sin título)*, Doc. JOB(06)/133, 2 de mayo 2006. Posteriormente en junio del mismo año se agregó Indonesia. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil y Filipinas - (sin título) - Addendum*, Doc. JOB(06)/133/Add.1, 15 de junio 2006.

las disciplinas y con el objetivo de negociaciones posteriores³⁶¹. Desde la perspectiva de los PED cubre todos los tipos de medidas enumeradas en el art. VI:4. Se establecen los principios generales de las disciplinas y que deben guiar a las medidas objeto de las disciplinas, estos son el derecho a regular e introducir nuevas regulaciones, se hace una referencia específica al derecho de mantener o establecer la obligación de servicio universal.

En relación al derecho a regular y el desarrollo, que es un eje de su comunicación, proponen que a fin de determinar la conformidad con las disciplinas “se deben tomar en cuenta” las necesidades particulares de los PED para ejercitar su derecho a regular (asimetrías en el grado de desarrollo de sus regulaciones de servicios y sus capacidades institucionales). Se enfatizó en el derecho a regular de los PED, porque según los comunicantes es muy importante para estos países y no solo para el resto de los Miembros³⁶².

El alcance que se propone es que las disciplinas se apliquen a los sectores con compromisos específicos, también se aclara que las medidas relacionadas con los requisitos y procedimientos de licencias y títulos de aptitud y normas técnicas que “administren” las limitaciones y condiciones sobre AM y TN de los compromisos sí estarían sujetas a las disciplinas.

Otro aspecto a resaltar es que se incorpora la propuesta de Colombia en el sentido que se incluye la aplicación de las disciplinas a las medidas (o que sirva para base) para regular la entrada de personas naturales o entrada temporal en el territorio de un Miembro en tanto pudiera afectar a la prestación del servicio³⁶³. Intenta de esta forma aclarar el alcance y la relación del régimen de visados con las disciplinas del art. VI:4. Sin embargo, como se ha comentado, varios Miembros en particular PD no estaban de acuerdo con este enfoque, ya que consideraban que en virtud del Anexo de Persona físicas³⁶⁴ todas las medidas relacionadas con visados y entradas estarían excluidas del alcance de las disciplinas.³⁶⁵

En las propuestas de abril del 2005 y febrero del 2006 se incluye en texto completo del art. VI:4, en concreto el requisito de que las medidas no sean “más gravosas de lo necesario” forma parte de las disciplinas, de esta forma incluiría la posibilidad para los OSD de emplear una prueba de necesidad de la medida, a lo que varios Miembros se opusieron.

³⁶¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Elementos de los proyectos de disciplinas en materia de reglamentación nacional*, Doc. de sala, 2005, cit.

³⁶² Ver la aportación de Brasil en los debates en este sentido. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada los días 8 y 18 de febrero de 2005*, Doc. S/WPDR/M/29, 2005, cit., párr. 187

³⁶³ Ver el punto 3 g) de la propuesta. *Ibid.*

³⁶⁴ Ver el párrafo 4 del Anexo, en la que se decía "... siempre que esas medidas no se apliquen de manera que anule o menoscabe las ventajas resultantes para un Miembro de los términos de un compromiso específico".

³⁶⁵ Ver más arriba en el apartado II. C. 3. a. el debate realizado respecto de la propuesta de Colombia sobre los procedimientos para la adquisición de visas o permisos de entrada.

En la propuesta adicional, presentada solamente por Brasil, Filipinas e Indonesia³⁶⁶, se eliminaron las referencias a lo “razonable” y “necesario” que planteaban dudas en varios Miembros y que Brasil finalmente no consideró apropiadas. Se incluyó algún elementos adicional en el TED, como eliminar el requisito de “recibir una petición” sobre asistencia técnica como prerequisite para prestar asistencia a los PED y en particular a los PMA³⁶⁷, sobre el derecho de reglamentar, el Modo 4 y el TED.

La propuesta contiene también una definición provisional de los tipos de medidas cubiertas y otras disciplinas específicas. Como por ejemplo se sugería que prescripciones en materia de licencias se limitasen a estar relacionados con la actividad para la cual se solicita la licencia, en los procedimientos de licencias se proponía que los periodos para la culminación de los procedimientos sean razonables, que el pago de derechos no constituyan en sí mismo un impedimento para realizar la actividad, que se den a conocer (a solicitud de los interesados) los motivos de la denegación de las solicitudes. En las prescripciones en materia de títulos de aptitud, cabe resaltar la propuesta de que el alcance de los exámenes se limite a temas pertinentes a las actividades para las que se solicita la autorización y que los Miembros tomen medidas a fin de facilitar el acceso de los PED a los Acuerdo de Reconocimiento Mutuo (ARM).

En cuanto a los estándares técnicos, el documento sugería la incorporación de las ideas planteadas por México en 2004, que estaban reflejadas en el documento enviado por Suiza³⁶⁸. Algunos Miembros PED no estaban de acuerdo en incorporar disciplinas sobren normas técnicas³⁶⁹. Lo posición de Brasil respecto a su oposición de incluir una prueba de necesidad en las disciplinas se reforzó en el 2001 con la propuesta conjunta entre Brasil Canadá y los Estados Unidos sobre la prueba de necesidad³⁷⁰.

f. Propuesta de proyecto de texto de Australia; Chile; Colombia; Corea; Hong Kong, China; Nueva Zelandia y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu

³⁶⁶ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil y Filipinas - (sin título)*, Doc. JOB(06)/133, 2006, *cit.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil y Filipinas - (sin título) - Addendum*, Doc. JOB(06)/133/Add.1, 2006, *cit.*

³⁶⁷ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil y Filipinas - (sin título)*, Doc. JOB(06)/133, 2006, *cit.*, párrs. IX b y c.

³⁶⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Elementos iniciales de las modalidades para las negociaciones relativas a las disciplinas sobre la reglamentación nacional*, Comunicación de Suiza, Doc. JOB(05)/68, 2 de mayo 2005.

³⁶⁹ Ver la posición de Tailandia en OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada los días 8 y 18 de febrero de 2005*, Doc. S/WPDR/M/29, 2005, *cit.*, párr. 180.

³⁷⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Opiniones sobre la cuestión de la prueba de necesidad en las disciplinas relativas a la reglamentación nacional*, Comunicación del Brasil, el Canadá y los Estados Unidos, Doc. S/WPDR/W/44, 22 de marzo de 2011

Es una propuesta que abarca casi por completo los posibles elementos comunes de las disciplinas³⁷¹. Es una propuesta interesante que contiene disciplinas detalladas e incluye los intereses de PED medianos con intereses exportadores en servicios, sin dejar de lado la perspectiva de los PMA y las facultades de autonomía regulatoria.

g. Propuestas de varios grupos de PED sobre la dimensión del desarrollo de las disciplinas

La dimensión del desarrollo y en especial la creación de disciplinas que favorezcan especialmente a los PED y tomen en cuenta sus requerimientos temporales y técnicos para implementar las disciplinas fue dejado de lado en las negociaciones por bastante tiempo. Finalmente a iniciativa de varios de los PED y particularmente PMA se incorporaron ciertas especificaciones al borrador de las disciplinas. Las propuestas que presentaron los Miembros de PMA pedían expresamente la exención de la aplicación de las disciplinas, en tanto que los PED pedían la aplicación desde la perspectiva de desarrollo enfatizando en la necesidad de brindar cooperación técnica y plazos más amplios para la aplicación del texto final.

Estas propuestas referidas al desarrollo son:

- La propuesta del Grupo ACP, Principios favorables al desarrollo en las negociaciones.
- Propuesta del Grupo Africano sobre las disciplinas desde la perspectiva del desarrollo Comunicación del Grupo Africano sobre la reglamentación nacional³⁷².
- El Grupo ACP presentó una comunicación al GTRN que describe como complementaria a otras propuestas que buscan que las disciplinas reflejen las preocupaciones de los PED. Es concreto presentaron un conjunto de llamados “principios favorables al desarrollo” que deberían impregnar las disciplinas³⁷³.
- La propuesta de las economías pequeñas y vulnerables sobre las Preocupaciones relacionadas con el comercio de estos países en el marco del GTRN³⁷⁴.

³⁷¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI - Propuesta de proyecto de texto*, Doc. JOB(06)/193, 2006, *cit*.

³⁷² Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Communication by the African Group on domestic regulation*, room document, 2 May 2006.

³⁷³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Grupo ACP - Principios favorables al desarrollo en las negociaciones relativas al párrafo 4 del artículo VI del AGCS*, Doc. JOB(06)/136, 2 de mayo 2006; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Grupo ACP - Principios favorables al desarrollo en las negociaciones relativas al párrafo 4 del artículo VI del AGCS - Revisión*, Doc. JOB(06)/136/Rev.1, 19 de junio 2006.

³⁷⁴ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Líneas generales de la posición de los Estados Unidos sobre un proyecto de texto consolidado en el marco del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional*, Doc. JOB(06)/223, 2006, *cit*. El grupo incluye (Antigua y Barbuda, Barbados, Cuba, Dominica, El Salvador, Fiji, Granada, Guatemala, Honduras, Jamaica, Mauricio, Mongolia,

Otra propuesta presentada por PED es la Comunicación del Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, en octubre del 2005, sobre las definiciones que tendrían que adoptarse sobre prescripciones en materia de títulos de aptitud, procedimientos en materia de títulos de aptitud, prescripciones en materia de licencias, procedimientos en materia de licencias y normas técnicas³⁷⁵ Un mes antes presentó una propuesta sobre transparencia específica para el sector de las telecomunicaciones³⁷⁶.

III. LOS POSIBLES RESULTADOS Y ASPECTOS PENDIENTES PRIORITARIOS PARA LOS PED

A. EXTENSIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS POSIBLES DISCIPLINAS HORIZONTALES SOBRE REGLAMENTACIÓN NACIONAL

El resultado actual de las negociaciones es el borrador revisado de un conjunto de disciplinas horizontales con contenido esencialmente en la buena administración es el reflejo de los dos principales enfoques de las negociaciones, que son, por un lado, los que buscan disciplinas no fuertes (defienden el derecho a regular) y, por otro lado, los que tienen un alto nivel de ambiciones, especialmente mediante la inclusión de una PN. También refleja los elementos o aspectos de negociaciones considerados por el GTRN de forma temática, que son: los aspectos generales de las disciplinas; el alcance, incluido la definición de los tipos de medidas cubiertas; y consideraciones sobre transparencia, equivalencias, normas técnicas y las preocupaciones sobre el desarrollo. El objetivo de las negociaciones sobre las disciplinas es encontrar un balance entre estas dos posiciones.

Como señalan LIM y MEESTER, considerando la dificultad que ha significado alcanzar disciplinas horizontales³⁷⁷, entonces no es sorprendente que el trabajo de las disciplinas

Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tabago.

³⁷⁵ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Definiciones de prescripciones en materia de títulos de aptitud, procedimientos en materia de títulos de aptitud, prescripciones en materia de licencias, procedimientos en materia de licencias y normas técnicas*, Comunicación Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, Doc. S/WPDR/W/37, 6 de octubre de 2005.

³⁷⁶ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu - Disciplinas sobre transparencia en la reglamentación nacional en el sector de las telecomunicaciones*, Doc. S/WPDR/W/36, 2005, cit.

³⁷⁷ Vid. LIM, A. H. Y DE MEESTER, B., (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, op. cit., p. 12.

horizontales se ha enfocado principalmente en los impedimentos al comercio que pueden resultar de requisitos administrativos y procedimentales onerosos, procedimientos de licencias y titulaciones opacos, o de los requisitos sustantivos que puede involucrar la obtención de autorizaciones para el suministro de un servicio.

Si bien las negociaciones aún continúan y no existe un consenso en todos los elementos que se deben incluir en las disciplinas, se puede decir que se han considerado en la redacción de disciplinas basadas en los siguientes principios: seguridad jurídica y transparencia, imparcialidad y objetividad, reconocimiento y necesidad.

El resultado final de las disciplinas se plasmará en un documento que puede tener distinta naturaleza jurídica. Los Miembros no han decidido aún respecto de cuál será la naturaleza jurídica de las disciplinas, dependiendo de ello las consecuencias en su implementación son distintas y también ello puede hacer variar la estructura de las disciplinas.

Ya que el estatus jurídico de las disciplinas no está especificado en el art. VI:4, dependerá de los Miembros el definirlo, en tanto parece que la opinión de los Miembros es dejar la decisión de la “*legal form*” para la etapa final de las negociaciones³⁷⁸. Para ello pueden seguir el modelo de un Anexo³⁷⁹ o de un Documento de Referencia u otra forma similar que implique que los Miembros realicen compromisos adicionales respecto a las disciplinas³⁸⁰ o que constituya un Acuerdo por sí mismo.

En un primer caso, las disciplinas podrían tomar la forma de un Acuerdo por sí mismo, distinto del AGCS, como en el caso del Acuerdo de implementación del art. VII, del Acuerdo de Valoración de Aduanas del GATT, o de Salvaguardias.

Adoptar las disciplinas bajo la forma de un Anexo del AGCS, y por ende parte integrante del Acuerdo³⁸¹, requeriría probablemente de una modificación del AGCS basada en el consenso, en este caso las disciplinas se aplicarían claramente a todos los Miembros, lo que conllevaría mayor estabilidad y confiabilidad (*reliability*) de las disciplinas. Sin embargo, los Miembros no han

³⁷⁸ Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4, List of Potential Technical Issues Submitted for Discussion*, Informal Note by the Chairman, Room Document, 26 October 2011.

³⁷⁹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Japón, Proyecto de anexo sobre la reglamentación nacional*, Doc. JOB(03)/45/Rev.1, 2 de mayo 2003; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI - Propuesta de proyecto de texto*, Doc. JOB(06)/193, 2006, *cit.*, p. 2, párr. 1 de la propuesta de proyecto de texto para las disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI.

³⁸⁰ Vid. ADLUNG, R., "Services Negotiations in the Doha Round: Lost in Flexibility?", *op. cit.*

³⁸¹ Ver el art. XXIX del AGCS, que señala “los Anexos del presente Acuerdo forman parte integrante del mismo”.

llegado a un acuerdo aún al respecto³⁸². Según DELIMATIS, quien parece estar más a favor de incorporar las disciplinas al AGCS mediante un Anexo, al realizar la modificación necesaria del AGCS se debería incluir la decisión sobre el futuro del art. VI:5 luego de que entren en vigor las disciplinas, ya que el apartado b) del art. VI que hace referencia a los estándares internacional que al parecer no estarían cubiertos por las nuevas disciplinas de reglamentación nacional³⁸³. En relación a las Disciplinas elaboradas en el sector de contabilidad, los Miembros no llegaron a un acuerdo sobre la naturaleza jurídica que tendrían, por lo que finalmente se adoptaron mediante una decisión del Conceso del Comercio de Servicios, sin señalar el estatus final que tendrán³⁸⁴. Son inaplicables hasta que integren el AGCS formalmente.³⁸⁵

Un documento de la referencia, por otro lado, no requeriría la modificación del AGCS, pero no aseguraría la aplicación uniforme de las disciplinas³⁸⁶, ya que la adopción de un documento de referencia permitiría que solo los Miembros que quisieran adoptar las disciplinas lo hicieran mediante la adopción de compromisos adicionales, de conformidad con el art. XVIII del AGCS. Tal como fue el caso del documento de Referencia sobre Telecomunicaciones Básicas, en este caso los Miembros estuvieron permitidos de comprometerse solamente respecto de una parte del documento.

Otra opción parecida a la de un documento de referencia, presentada por el presidente del GTRN³⁸⁷, propone la opción de permitir que cada Miembro decidiera si algunas disciplinas horizontales se aplicarían a ciertos sectores donde no se han asumido compromisos específicos y esta decisión se podría hacer claramente por sector en cada listado de compromisos específicos de cada Miembro. La principal crítica al enfoque del documento de referencia es que no aseguraría

³⁸² Vid. OMC, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on domestic regulations pursuant to GATs article VI, Annotated Text*, room document 14 de marzo 2010, párr. I A, p. 6. El presidente señala que dependiendo de la decisión de los Miembros sobre la naturaleza jurídica de las disciplinas el título y estructura del Capítulo I de las disciplinas será revisado.

³⁸³ Vid. DELIMATIS, P., "Concluding the WTO services negotiations on domestic regulation - hopes and fears", *World Trade Review*, vol. 9, no. 4, 2010, pp. 643-673, en p. 669.

³⁸⁴ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Decisión sobre las disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/63, 1998, *cit.*

³⁸⁵ Vid. WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", *op. cit.*, p. 226. Hacen referencia a que la dificultad que encontraron los Miembros en los procedimientos de ratificación del Anexo por los 93 Miembros, y señalan que las Disciplinas serían "unenforceable until they are formally integrated into GATS, possibly as an Annex which was the ultimate preference of most members, at the closure of DDA negotiations". Vid. también HONECK, D., "Background to the Accountancy Disciplines" (paper presented at the WTO Workshop on domestic regulation, 29-30 March 2004).

³⁸⁶ WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", *op. cit.*, p. 225.

³⁸⁷ See Working Party on Domestic Regulation, *Chairman's Note*, JOB(01)/159, 22 November 2001, para. 6. According to the Chairman, this option is conform to the existing structure and principles of GATS and accords due respect for the national policy objectives and level of development of individual Members.

una aplicación uniforme de las disciplinas para todos los Miembros y según DELIMATSIS no sería una opción con sentido³⁸⁸. Así, al adoptar el documento de referencia, que es la vía de un acuerdo plurilateral, se genera la desventaja de no alcanzar a todos los Miembros³⁸⁹, si bien para que se apruebe en principio debe existir una “masa crítica” y se debe preservar la obligación de la NMF³⁹⁰. También puede generar una liberalización a dos velocidades, al existir disposiciones generalmente aplicables y otras obligaciones aplicables de forma complementaria, creándose una posible fragmentación. Además, dado que los compromisos adicionales se negocian bilateralmente, el poder de negociación de los Miembros es crucial³⁹¹.

Sin embargo, la práctica de los compromisos del AGCS daría ciertas bases para usar este enfoque en las disciplinas, a ello cabe sumarle el hecho que facilitaría llegar a acuerdos en este tipo de temas que son importantes de alcanzar a nivel multilateral, pero que los muchos años de negociaciones muestran la dificultad de conseguirlo. En tanto que la proliferación de Acuerdos Comerciales Regionales o Preferenciales es cada vez mayor y dificulta aún más el proceso. Por ello, a pesar de las dificultades que implicaría seguir la ruta de los acuerdos plurilaterales, esta posibilidad puede ofrecer un mecanismo útil para avanzar en el impase de las negociaciones de la OMC³⁹² y como han señalado HOEKMAN Y MAVROIDIS especialmente en aquellos aspectos “*that involve rule-making in areas that do not have a major market access dimension*”³⁹³.

³⁸⁸ Vid. DELIMATSIS, P., "Concluding the WTO services negotiations on domestic regulation - hopes and fears", *op. cit.*, en p. 669.

³⁸⁹ Para una perspectiva de los argumentos negativos que pueden desprenderse de los Acuerdos Plurilaterales, *vid.* WOOLCOCK, S., "The Plurilateral Option?", *Global Governance Programme Policy Paper*, European University Institute, 2013; WOLFE, R., "The WTO Single Undertaking as Negotiating Technique and Constitutive Metaphor", *Journal of International Economic Law*, vol. 12, no. 4, 2009, pp. 835-858.

³⁹⁰ Es el caso de los acuerdos plurilaterales acordados en el marco del AGCS en los protocolos cuarto y quinto, que incorporaron los resultados de las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas y servicios financieros, en sus respectivos listados de servicios, así como de forma más limitada en el modo 4 y el documento de referencia sobre Telecomunicaciones en relación a cuestiones regulatorias. Se aplica NMF a todos los Miembros vía los protocolos de incorporación de los nuevos compromisos en sus listados del AGCS. Sin embargo, existe preocupación que las negociaciones Post Bali puedan aproximarse a acuerdos plurilaterales bajo un esquema No-NMF, como es la preocupación en las negociaciones sobre el Acuerdo de Comercio de Servicios (TISA). *Vid.* BOSWORTH, M., "The Proposed Non-MFN Trade in Services Agreement: Bad for Unilateralism, the WTO and the Multilateral Trading System", *NCCR Trade Working Papers*, Working Paper No 2014/05, 2014, p. 22-24.

³⁹¹ *Vid.* MARCONINI, M., "Emergency Safeguard Measures in the GATS: Beyond Feasible and Desirable", *op. cit.*, p. 28.

³⁹² *Vid.* NAKATOMI, M., "Plurilateral Agreements: A Viable Alternative to the World Trade Organization?", ADBI Working Paper 439, 25 October, 2013. También apunta al rol de los Acuerdos Plurilaterales y Acuerdos de Libre Comercio como complementarios a la OMC, en el proceso de liberalización y creación de normas para delinear las condiciones que se necesitan para afrontar las necesidades de los PED.

³⁹³ HOEKMAN Y MAVROIDIS consideran que a pesar de los pros y contras de crear “clubs” para temáticas específicas en la OMC, que hacen más difícil establecer acuerdos plurilaterales dentro de la OMC que Acuerdos Comerciales Regionales o Preferenciales, es recomendable tomar esta opción y manejar los potenciales aspectos negativos. *Vid.* HOEKMAN, B. M. Y MAVROIDIS, P. C., "WTO 'à la carte' or WTO 'menu du jour'? - assessing the case for plurilateral agreements", European University Institute, Robert Schuman

La naturaleza jurídica de las disciplinas afecta también a la estructura de las disciplinas y en particular el contenido de la sección introductoria del texto y si su carácter sería preámbular. En el enfoque de la creación de un acuerdo independiente para adoptar las disciplinas sobre reglamentación tendrían que contar con un capítulo introductorio a manera de preámbulo³⁹⁴. Constituyendo este capítulo el Preámbulo de las disciplinas, cuyo rol a nivel interpretativo es contextual³⁹⁵. Éste debe explicar los objetivos y fundamentos del resto del acuerdo. En tanto si se decide por el enfoque de un Anexo para las disciplinas, se entiende el preámbulo del Acuerdo también orienta la interpretación del Anexo, si bien las disciplinas podrían contener una sección inicial contenido el ámbito de aplicación y los objetivos. En relación al enfoque del documento de referencia, parece que tampoco sería necesario un preámbulo, las obligaciones individuales asumidas por los Miembros son incorporadas en los listados de compromisos.

Desde la perspectiva de los PED la opción de adoptar disciplinas mediante un Documento de Referencia u otra forma de compromisos adicionales, parece ser la mejor opción, proporcionaría la flexibilidad deseada, acorde con el enfoque del AGCS. Según WOUTERS Y COPPENS, esta opción dejaría amplia discrecionalidad a los Miembros para establecer su adecuado nivel de compromisos en un sector en particular³⁹⁶. Esto a su vez podría facilitar el proceso de negociación en el GTRN, dando mayor flexibilidad a los Miembros, lo que facilitaría la conclusión de las disciplinas³⁹⁷. También posibilitar el que los Miembros que tengan menos claro las consecuencias de disciplinar los tipos regulatorios que afectan al CIS puedan adoptar las disciplinas a sus propias distintas velocidades NATENS propone por empezar con un primer documento de referencia lo suficiente ambicioso como para evitar mayor fragmentación, pero que a la vez sirva de incentivo para negociar un nuevo Documento de Referencia con una mayor integración³⁹⁸. La solución de hacer vinculantes las nuevas disciplinas mediante compromisos adicionales derivado de un acuerdo plurilateral tipo documento de referencia, no es de hecho la opción más óptima para los PED. Como señala ADLUNG: “may not help small countries, without negotiating leverage, to solve access

Centre for Advanced Studies Global Governance Programme-57, EUI Working Paper RSCAS 2013/58, 2013.

³⁹⁴ Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 - Annotated Text*, Room Document, Informal Note by the Chairperson, 14 March 2010, p. 4.

³⁹⁵ Tal como se comentó al analizar el Preámbulo del AGCS, en este sentido se debe considerar lo señalado en la CVDT art. 31.2, en el sentido que el contexto para fines de interpretación del tratado comprende, adicionalmente al texto, su preámbulo y sus anexos. Vid. también Informe del Órgano de Apelación, *Chile — Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*, (Chile — Bandas de precios), Doc. WT/DS207/AB/R, 23 de septiembre de 2002, párr 196.

³⁹⁶ Vid. WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", *op. cit.*, p. 226.

³⁹⁷ Vid. KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, en p. 192.

³⁹⁸ Vid. NATENS, B., "The Doha round and the future architecture of the multilateral regulation of trade in services", *op. cit.*

problems caused by excessive regulation". Por otro lado ADLUNG también reconoce que la opción intermedia de crear disciplinas para un grupo de Miembros más interesados en disciplinas más fuertes es mejor que dejar de lado por completo temas prioritarios tales como la reglamentación nacional³⁹⁹

Lo mínimo bajo mi perspectiva es que se llegue cuando menos a un acuerdo horizontal que especifique obligaciones mínimas sobre disciplinas sobre transparencia que vayan más allá del art. III y normas sobre procedimientos vinculadas a la buena administración y un debido proceso, así como disciplinas que a partir de este Acuerdo bajo la forma de un Anexo con disciplinas vinculantes⁴⁰⁰. A ello se tendría que añadir un documento de referencia en relación a disciplinas sobre reglamentación nacional relacionadas con el requisito de la menor gravosidad de la medida y la aplicación de estándares internacionales en las normas técnicas. Mediante un acuerdo que siga el modelo del documento de referencia se podrían establecer disciplina más profundas o detalladas, en las que no todos los Miembros estén de acuerdo, pero que exista una "masa crítica" de intereses políticos para ello.

B. ASPECTOS PENDIENTES RELEVANTES PARA LOS PED Y ALTERNATIVAS PARA LAS NUEVAS DISCIPLINAS

1. Derecho a regular y políticas de servicios universales

El derecho a regular de los Miembros es uno de los ejes principales de las negociaciones de las disciplinas del art. VI:4, en tanto que es uno de los vértices del balance que deben conseguir las disciplinas. Este aspecto de ha plasmado en las propuestas de los Miembros, tanto de los PED como de los PD.

Ya en el documento de trabajo refundido del 2006, que elaboró la primera propuesta de las disciplinas, se incluye una referencia clara al ejercicio de las facultades regulatorias de los Miembros, en particular para asegurar el suministro de servicios universales y que las disciplinas no deben ser percibidos de impedir al Miembro de este ejercicio⁴⁰¹.

³⁹⁹ *Vid.* ADLUNG, R., "Services Negotiations in the Doha Round: Lost in Flexibility?", *op. cit.*, p. 889.

⁴⁰⁰ Cabe recordar que el art. VI:4 estipula que se deben desarrollar disciplinas necesarias para asegurar que las medidas cubiertas no constituyen barreras innecesarias al CIS. Por ello se requiere que el texto final contenga idealmente disciplinas relacionadas con el requisito que la medida no sea más restrictiva de lo necesaria para cumplir con el objetivo de la medida.

⁴⁰¹ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS - documento de trabajo refundido, Nota del Presidente*, Doc. JOB(06)/225, 2006, *cit.*, párr. 2. Sobre el proceso de negociación en el 2006, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe Anual del Grupo de*

En el texto del borrador del 2009 se intentó buscar un equilibrio entre las obligaciones sustantivas descritas arriba a través de los siguientes elementos para asegurar que el derecho de los Miembros a regular no se afecte indebidamente. Al igual que el AGCS, el lenguaje del borrador llama específicamente a respetar el derecho de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, para establecer nuevas reglamentaciones para alcanzar objetivos de política nacionales o asegurar el suministro de servicios universales. Consta que las disciplinas no deberían ser vistas en el sentido que prescriben o impongan enfoques regulatorios específicos o previsiones regulatorias específicas en materia de reglamentación nacional. A diferencia de los arts. V:4 y V:5 del AGCS, el texto no contiene una PN en respuesta a las preocupaciones de una gran mayoría de los Miembros de que la PN restringiría indebidamente la autonomía regulatoria. Sin embargo, para equilibrar la oposición de la mayoría y la insistencia de unos pocos de tener una PN, el texto presenta una potencial solución mediante una prueba intermedia en relación a las “restricciones encubiertas al CIS” (sección 7). El texto también aclara que las disciplinas se aplican solo en sectores con compromisos específicos. Además, las disciplinas propuestas no se aplican a medidas en la extensión que constituyen limitaciones sujetas a ser listadas bajo los arts. XVI o XVII, sin hacerse una diferenciación entre el contenido de las disciplinas y la administración de las mismas.

El borrador del 2009 incluye también dentro de las disposiciones generales las disciplinas en referencia a la garantía de la obligación de “servicio universal”⁴⁰², señala que “Nada de lo dispuesto en las presentes disciplinas impide a los Miembros el ejercicio del derecho a establecer o mantener reglamentaciones para garantizar el suministro del servicio universal, de una manera compatible con las obligaciones y compromisos contraídos en el marco del AGCS”. Esta disposición general ha sido aceptada por la mayoría de los Miembros durante el proceso de negociaciones, sin embargo, en la revisión del borrador del 2009, algunos de los Miembros parecen considerar que se podía eliminar este párrafo⁴⁰³.

La obligación de suministrar servicios de forma universal y a precios asequibles, sin discriminar en los costes de suministro entre diferentes regiones, está relacionado estrechamente y opera como un subconcepto del principio del derecho a regular. El derecho a regular como se ha visto está resguardado en términos amplios en las propuestas del borrador de las disciplinas, sin

Trabajo sobre la Reglamentación Nacional al Consejo del Comercio de Servicios (2006), Doc. S/WPDR/9, 2006, *cit.*, párr. 6.

⁴⁰² *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente, 2009, cit.*, párr. 12.

⁴⁰³ Alternativa única plasmada en el texto revisado del borrador del 2009, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, párr. 12.

embargo, se discute su ambigüedad y aplicabilidad en situaciones concretas. En este sentido es importante definir el alcance de la obligación de servicios universal.

Esta obligación hasta la fecha ha sido limitada en los acuerdos de la OMC, se expresa en el sector de las telecomunicaciones, donde se estipula que los servicios básicos, como telefonía de voz, teletexto, telefax y transmisión de datos, deben estar disponibles a todos los usuarios potenciales en un nivel de calidad garantizado y a un precio asequible⁴⁰⁴. El documento de referencia estipula que los Miembros tienen el derecho de definir el tipo de obligación de servicio universal que quieren mantener. No se considera que es una conducta anticompetitiva, siempre y cuando sean administradas de forma transparente, no discriminatoria y neutral, y que no sean más onerosas de lo necesario para el tipo de obligación escogido. Se da de esta forma un margen amplio para mantener las políticas de acceso universal y se entiende que la liberalización del sector de las telecomunicaciones va a par con la facultad de los Miembros de proteger servicios públicos esenciales y tener en cuenta las necesidades de su población.⁴⁰⁵ En las disciplinas será necesario definir el concepto en términos específicos, a fin de evitar una potencia dificultad en su aplicación, particularmente en los PED. , es por ellos que... en el marco de las negociaciones

En relación a esto se plantea que se definiera con mayor claridad el concepto de “derecho a usar políticas de servicio universal”. Si se debería en las disciplinas definir el concepto de “servicio universal” y en qué sentido ⁴⁰⁶

2. Contenido de los tipos de medidas regulatorias disciplinadas

Seguidamente se explican las definiciones de las medidas cubiertas por el mandato del art.VI, tomando en consideración el acuerdo alcanzado en relación a las propuestas presentadas durante las negociaciones y el resultado plasmado en los borradores del texto, considerando los aportes presentados por los PED. Cabe señalar que en los últimos debates técnicos relacionadas con el proyecto de disciplinas realizados desde finales del 2011 hasta el 2013, los Miembros han seguido trabajando en aclarar la utilización específica de determinados conceptos y términos de reglamentación nacional, en la medida en que se relacionaban con sus marcos y prácticas de reglamentación, sin embargo, estos debates se han llevado a cabo de manera privada e informal⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Vid. OMC, GRUPO DE NEGOCIACIÓN SOBRE TELECOMUNICACIONES BÁSICAS, *Servicios de Telecomunicaciones: Documento de Referencia*, Doc. disponible en https://www.wto.org/spanish/Tratop_s/serv_s/telecom_s/tel23_s.htm, 24 de abril 1996; GOODE, W., *Dictionary of trade policy terms*, fifth ed., Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2007, p. 469.

⁴⁰⁵ Vid. GOVINDASAMY, P., "Domestic Regulations in Services: A chairman's perspective", *op. cit.*

⁴⁰⁶ Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4, List of Potential Technical Issues Submitted for Discussion*, 2011, *cit.*, p. 1.

⁴⁰⁷ Los debates se realizaron en base a las 93 preguntas preparados por la Secretaría de la OMC que figuran en la "Lista de posibles cuestiones técnicas para debate". Vid. OMC, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on domestic regulation pursuant to GATS Article VI:4 - List of potential Technical Issues Submitted for Discussion*, Unofficial room document, Doc. RD/SERV/68, 26 October 2012.

Los Miembros han señalado que sobre la base de la recopilación facilitada por el Presidente, los debates han contribuido a arrojar más luz sobre la forma en que determinados conceptos, términos y disciplinas abordados en las negociaciones pueden relacionarse con las prácticas de reglamentación a nivel nacional o tener repercusiones en ellas⁴⁰⁸. Por ende, si bien no se ha alcanzado un acuerdo final sobre el contenido de cada una de las medidas, se pueden visualizar los principales elementos de dichos conceptos.

En relación al alcance de los tipos de medidas cubiertas cabe señalar que, tal como se ha revisado a analizar las propuestas de negociación, varios PED propusieron que los procedimientos relacionados con los visados y permisos de entrada estuvieran cubiertos por las disciplinas. Debido a su onerosidad y complejidad en los procedimientos podrían impedir sus oportunidades de exportación⁴⁰⁹. Sin embargo, los EEUU y la UE declararon sistemáticamente que las disciplinas relacionadas con las visas eran inaceptables, con el argumento de que los procedimientos de visado quedaban fuera del alcance de las cinco categorías cubiertas por el art. VI:4.⁴¹⁰

a. Prescripciones en materia de licencias

El último texto revisado del GTRN define que “Por "prescripciones en materia de licencias" se entiende las prescripciones sustantivas [requisitos] sustantivas, distintas de las prescripciones en materia de títulos de aptitud, que debe cumplir una persona física o jurídica a fin de obtener, modificar o renovar la autorización para suministrar un servicio”⁴¹¹. Esta misma definición fue usada en el borrador de las disciplinas del 2009 y del 2007⁴¹² y presenta ciertas diferencias con la definición inicial de trabajo, considerada como tal por la Secretaría en el documento sobre ejemplos de medidas comprendidas el art. VI:4 del 2005, basado en las definiciones adoptadas por

⁴⁰⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional al Consejo del Comercio de Servicios (2014)*, Doc. S/WPDR/17, 17 de noviembre 2014, p. 1.

⁴⁰⁹ Ver en el apartado II. B. 3. a. de este Capítulo el análisis realizado en relación a la propuesta de Colombia. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas relacionadas con los procedimientos administrativos para la adquisición de visas o permisos de entrada*, Doc. S/WPDR/W/29, 2004, *cit.*

⁴¹⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 22 de junio de 2005*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/30, 6 de septiembre 2005.

⁴¹¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.* En los elementos del texto revisado, basado en el texto del presidente del 2009, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente, 2009, cit.*, p. 10, párr. 5 del proyecto de disciplinas.

⁴¹² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal del Presidente, 2007, cit.*, párr. 5.

el GTSP de 1996⁴¹³. La definición inicial de trabajo refería que quienes deben cumplir con las prescripciones eran “proveedores de servicios”, en tanto que la última versión distingue expresamente entre personas físicas y jurídicas, siendo que ambas pueden estar sujetas a los requisitos de licencias.

Otra diferencia es que se señalaba que el objetivo de las prescripciones era “ser autorizado oficialmente a suministrar un servicio”. En tanto que la definición reciente estipula “a fin de obtener, modificar o renovar la autorización para suministrar in servicio”⁴¹⁴. Por tanto el obtener es un término más amplio que autorizar y cubre todo el ciclo de la autorización y no solamente la concesión inicial.

La definición revisada especifica también que se trata de prescripciones distintas que las relacionadas con las titulaciones y no da una listado de posibles medidas que abarcan las prescripciones en materia de licencia. Se puede presumir que abarcaría al igual que las disciplinas de contabilidad prescripciones en materia de residencia, relativas al establecimiento, requisitos en materia de inscripción, tasas, etc.⁴¹⁵ Incluiría también por ejemplo requisitos de capital mínimo para las empresas⁴¹⁶. Cubre aquellas reglas cuyo cumplimiento es un prerrequisito para obtener o mantener una autorización para suministrar un servicio determinado⁴¹⁷.

⁴¹³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría - Revisión*, Doc. JOB(02)/20/Rev.10, 2005, cit., elaborado en base al documento OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, *Pertinencia de las disciplinas de los acuerdos sobre obstáculos técnicos al comercio y sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación a los efectos del párrafo 4 del Artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Doc. S/WPPS/W/9, 1996, cit., p. 3, párr. 4.

⁴¹⁴ La inclusión de “renovar” la autorización como uno de los fines de las prescripciones en materia de licencia fue ya incluido en las Disciplinas de Contabilidad. Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998*, Doc. S/L/64, 1998, cit., párr. 8.

⁴¹⁵ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, *Pertinencia de las disciplinas de los acuerdos sobre obstáculos técnicos al comercio y sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación a los efectos del párrafo 4 del Artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Doc. S/WPPS/W/9, 1996, cit., párr. 4.

⁴¹⁶ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría - Revisión*, Doc. JOB(02)/20/Rev.10, 2005, cit., p. 12. Cabe recordar que el art. XVI no se ocupa de requisitos mínimos, sino que los Miembros se comprometan a un techo máximo que representa a su vez la garantía mínima. Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)*. Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001, Doc. S/L/92, 2001, cit. Por ejemplo en las prescripciones de licencias es común el requisito de capital mínimo para el establecimiento de empresas, sin embargo esto está dentro del alcance del art. XVI del AGCS.

⁴¹⁷ En este sentido recordar que las licencias son una forma de control de entrada, que es uno de los instrumentos regulatorios usado con frecuencia en el sector de los servicios, ver el apartado I. C. 1. Instrumentos regulatorios o técnicas de la regulación social del Capítulo Segundo.

Si bien la mayoría de los Miembros de la OMC parecen estar de acuerdo en que las prescripciones en materia de residencia podrían estar cubiertas por esta disciplina, han reconocido, desde hace años, la complejidad en determinar en muchos casos si las reglamentaciones relacionadas con los “requisitos de residencia” estarían cubiertas por el art. VI o los arts. XVI o XVII⁴¹⁸. Por otro lado, cabe mencionar que si bien parece haber un acuerdo sobre la definición a adoptarse, aún están sobre la mesa propuestas que pueden reconsiderarse, por ejemplo la propuesta del 2006 de varios Miembros PED que se refería solamente en general al “proveedor de servicios” como destinatario de la medida⁴¹⁹. Por su parte, de manera interesante el Territorio Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu presentó una propuesta en la que proporciona una definición con un contenido más sustantivo que formal, vinculando la concesión de licencias al cumplimiento de objetivos públicos como la calidad del servicio y la protección del consumidor⁴²⁰. Recordando que las prescripciones en materia de licencias son generalmente prescripciones que van más allá de la capacidad del proveedor de servicios para prestar un servicio adecuado a los consumidores⁴²¹.

b. Prescripciones en materia de títulos de aptitud

Se entiende las prescripciones sustantivas relativas a la competencia de una persona física para suministrar un servicio, que deben demostrarse a fin de obtener la autorización para suministrar un servicio.⁴²² Esta definición es la consolidada del 2011 según la revisión del texto del borrador de las

⁴¹⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, *Síntesis de las respuestas al cuestionario sobre el sector de la contabilidad*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPPS/W/11, 5 de mayo 1997, párr. 62. En muchos casos pueden constituir medidas que disciplinan de facto y ser resueltos por las disposiciones del trato nacional del art. XVII. En el caso que no exista esta discriminación, podría estar dentro del ámbito del art. VI:4, vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría - Revisión*, Doc. JOB(02)/20/Rev.10, 2005, cit., p. 700. Respecto de los debates y observaciones sobre los requisitos en materia de residencia en la reunión del Grupo de Trabajo celebrada el 16 de julio de 2002, vid. OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, *Compromisos Adicionales en virtud del artículo XVIII del AGCS, Nota de la Secretaría*, Doc. S/CSC/W/34, 16 de julio 2002.

⁴¹⁹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI - Propuesta de proyecto de texto*, Doc. JOB(06)/193, 2006, cit., párr. 8, “se entiende las prescripciones sustantivas, distintas de las prescripciones en materia de títulos de aptitud y las normas técnicas, que debe cumplir un proveedor de servicios a fin de obtener autorización para suministrar un servicio.” Vid. también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Definiciones de prescripciones en materia de títulos de aptitud, procedimientos en materia de títulos de aptitud, prescripciones en materia de licencias, procedimientos en materia de licencias y normas técnicas*, Doc. S/WPDR/W/37, 2005, cit.

⁴²⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu - Disciplinas sobre transparencia en la reglamentación nacional en el sector de las telecomunicaciones*, Doc. S/WPDR/W/36, 2005, cit., párr. 9.

⁴²¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Definiciones de prescripciones en materia de títulos de aptitud, procedimientos en materia de títulos de aptitud, prescripciones en materia de licencias, procedimientos en materia de licencias y normas técnicas*, Doc. S/WPDR/W/37, 2005, cit., párr. 5.

⁴²² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación*

disciplinas y es la misma que el texto del presidente del 2009 y del 2007⁴²³. Los Miembros modificaron la definición inicial de trabajo⁴²⁴. El texto revisado cambia señalando que los requisitos deben ser cumplidos por “una persona natural”, en vez de señalar que se trata de “un proveedor profesional de servicios”, especifica que los requisitos se relacionan con la “competencia” de este último y menciona una lista de posibles prescripciones. Entonces estos requisitos se relacionan normalmente con aspectos de la competencia de un determinado proveedor para que pueda prestar el servicio y se refieren por ejemplo al nivel de educación, los exámenes requeridos, la formación práctica, los requisitos en cuanto a experiencia o idiomas, entre otros aspectos. Cabe señalar que la satisfacción de las prescripciones en materia de títulos de aptitud puede ser de por sí una prescripción en materia de licencias.

El principal cambio estuvo orientado entonces a establecer una diferencia material entre las prescripciones en materia de títulos de aptitud y las prescripciones en materia de licencias, ya que éstas parecían superponerse en varios aspectos, dado que ambas están encaminadas a garantizar la calidad del servicio y ser condiciones previas necesarias para el suministro del servicios⁴²⁵. Por lo que se optó por seguir la recomendación de la Secretaría definiéndola como “prescripciones aplicadas a las personas físicas, directamente relacionadas con la capacidad para prestar un determinado servicio⁴²⁶. Cumplir estas prescripciones sobre titulaciones garantiza un determinado nivel mínimo de competencia, aunque no necesariamente de calidad. Esta modificación estuvo también relacionada con la propuesta de los Estados Unidos, que manifestaron su preocupación en que “haya una sola definición de las prescripciones en materia de títulos de aptitud para las personas físicas (que ejercen una profesión) y las personas jurídicas”⁴²⁷.

del Presidente, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, párr. 7, que es igual borrador 2009: OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, 2009, *cit.*, párr. 7.

⁴²³ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal del Presidente*, 2007, *cit.*, (texto del presidente del 2007), párr. 7.

⁴²⁴ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría - Revisión*, Doc. JOB(02)/20/Rev.10, 2005, *cit.*, elaborado en base al Documento S/WPPS/W/9, p. 3, párr. 4, “...comprenden los requisitos sustantivos que un proveedor profesional de servicios ha de cumplir para obtener una habilitación o licencia. Esos requisitos se refieren normalmente al nivel de educación, los exámenes requeridos, la formación práctica y los requisitos en cuanto a experiencia o idiomas, entre otros aspectos”.

⁴²⁵ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Definiciones de prescripciones en materia de títulos de aptitud, procedimientos en materia de títulos de aptitud, prescripciones en materia de licencias, procedimientos en materia de licencias y normas técnicas*, Doc. S/WPDR/W/37, 2005, *cit.*, párr. 3.

⁴²⁶ *Ibid.*, párr. 5.

⁴²⁷ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Líneas generales de la posición de los Estados Unidos sobre un proyecto de texto consolidado en el marco del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional*, Doc. JOB(06)/223, 2006, *cit.* párr 1, 8. Asimismo opinó que las

También comentó la Secretaría en cuanto a la secuencia de hechos que conducen a que el proveedor del servicio inicie su actividad, que las prescripciones preliminares en materia de títulos de aptitud deben cumplirse antes de que entren en juego las prescripciones en materia de licencias o las normas técnicas, aunque puede haber prescripciones en materia de títulos de aptitud que obliguen a la persona física a mantener un determinado nivel de competencias mediante una nueva certificación o un reexamen periódico, o una formación adicional.⁴²⁸

Sin embargo, la distinción entre las definiciones de prescripciones de títulos de aptitud y licencias de no está aún del todo clara. Por ejemplo, una delegación respecto a que la definición sobre titulaciones se refiera solo a las personas naturales, señaló que en algunos casos las personas jurídicas pueden caer en el marco de la definición⁴²⁹.

DELIMATSIS recuerda, por ejemplo, que ciertos requisitos de titulación pueden ser parte de un conjunto de requisitos que debe cumplir una persona natural para obtener una licencia para suministrar un servicio. Entonces, al cumplir ciertos requisitos de titulación, un proveedor de servicios estaría calificado para obtener una determinada licencia. A menudo, sin embargo, estas licencias no se otorgan automáticamente, pasando por requisitos, pruebas de necesidades económicas o reglas profesionales restrictivas. En estos casos, la autorización de suministrar el servicio se dará solamente si se cumplen también los requisitos de licencia.⁴³⁰

En caso de duda, si la regulación doméstica impuesta en personas naturales se relaciona a licencias y a titulaciones, los Miembros han acordado que necesita examinarse primero si la medida constituye un requisito de titulaciones.

c. Procedimientos en materia de licencia

Se entiende por “las normas administrativas o de procedimiento que debe respetar una persona física o jurídica que solicite la autorización para suministrar un servicio, con inclusión de la modificación o renovación de una licencia, para demostrar el cumplimiento de las prescripciones

definiciones crean una confusión en cuanto a la aplicación a los títulos de aptitud académicos o de otro tipo, tanto que consideran que estos tipos de titulaciones deben quedar claramente excluidos de toda disciplina. *Ibid.*, párr. 3.

⁴²⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Definiciones de prescripciones en materia de títulos de aptitud, procedimientos en materia de títulos de aptitud, prescripciones en materia de licencias, procedimientos en materia de licencias y normas técnicas*, Doc. S/WPDR/W/37, 2005, *cit.*, párr. 6. Vid. también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, *Síntesis de las respuestas al cuestionario sobre el sector de la contabilidad*, Doc. S/WPPS/W/11, 1997, *cit.*

⁴²⁹ WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 - Annotated Text*, 2010, *cit.*, párr. 39.

⁴³⁰ Vid. DELIMATSIS, P., "The Principle of Necessity in the WTO – Lessons for the GATS Negotiations On Domestic Regulation", *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series* Tilburg Law School 2013, p. 4.

en materia de licencias.”⁴³¹ Que es igualmente el mismo que el texto del presidente del 2009 y del 2007.⁴³²

En la definición de trabajo considerada inicialmente por la Secretaría variaba⁴³³, en cuanto que se refería a los procedimientos administrativos únicamente para la “presentación y tramitación de las solicitudes de licencias”, la definición consensuada actual es más general. Otra diferencia es que en la definición de trabajo también se indicaba a manera de ejemplo qué aspectos acaban los procedimientos en materia de licencias, como el plazo de tramitación de las licencias, los documentos y la información necesarios para solicitar una licencia.

Ejemplos concretos de procedimientos en materia de licencias que puede ser excesivos son: procesos de renovación distintos en cada gobierno regional; los documentos para establecer actividades comerciales han de ser certificados necesariamente por el Notario Público; normas sobre el período efectivo de validez de la licencia; tramites de la solicitud de licencia en un único punto; imposibilidad de que los solicitantes presenten reclamaciones sobre el examen de su solicitud.

En los procedimientos de licencias profesionales, tramites excesivos pueden por ejemplo ser relacionados con la solicitud de documentación, como antecedentes profesionales, certificado de buen estado físico y mental, realización de múltiples trámites en numerosos organismos para obtener una licencia; formalidades excesivas y vejatorias, no transparentes, para poder obtener una licencia profesional, etc. Varios procedimientos de solicitud de visado/permisos de entrada pueden ser engorrosos (como plazos extensos para otorgar citas, requisitos de entrevistas personales, el trámite se realiza exclusivamente en la capital, retención del pasaporte durante el trámite). También los relacionados con la transparencia en la publicación de la documentación necesaria y la información pertinente, así como en el proceso mismo de tramitación. El tiempo de resolución de las solicitudes y los costos de los visados en relación al servicio prestado⁴³⁴.

⁴³¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, p. 87, párr. 6.

⁴³² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, 2009, *cit.*, párr. 6; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal del Presidente*, 2007, *cit.*, párr. 6.

⁴³³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría - Revisión*, Doc. JOB(02)/20/Rev.10, 2005, *cit.*, nota al pie del párr. 5. Definiciones elaboradas en base al Documento S/WPPS/W/9, párr. 4, 7.

⁴³⁴ Otros ejemplos que parecen ser aceptados por los Miembros en las negociaciones del GTRN se pueden encontrar en *ibid.*, p. 6, 9.

En relación a los procedimientos de visado, como se verá en el marco de las negociaciones, se está discutiendo en qué medida estarían dentro del alcance del art. VI:4 si se trata de procesos onerosos y no transparentes, o si estarían dentro de las categorías del art. VI:1⁴³⁵ y qué implicaciones tendría desde el punto de vista de los PED la aplicación de disciplinas en los procedimientos en materia de visas relacionadas con el suministro de servicios.⁴³⁶

d. Procedimientos en materia de títulos de aptitud

Son “las normas administrativas o de procedimiento que una persona física debe respetar para demostrar el cumplimiento de las prescripciones en materia de títulos de aptitud a fin de obtener la autorización para suministrar un servicio”. Esta definición revisada, que se acordó ad referendum en el 2011⁴³⁷ y tiene el mismo contenido de la presentada en el texto del presidente del 2009 y del 2007⁴³⁸. En esta definición, a diferencia de la inicial de trabajo del 2005⁴³⁹, se especifica que se refiere solamente a las personas naturales y se aclara también que el objetivo del cumplimiento de estos procedimientos es obtener la debida automatización. Si bien esta definición está bastante asentada en las negociaciones, en los primeros textos de trabajo refundidos por el presidente del GTRN propuso que por procedimientos en materia de títulos de aptitud se entiende las normas administrativas o de procedimiento relativas a la administración de las prescripciones en materia de títulos de aptitud, incluidas las destinadas a verificar el cumplimiento de esas prescripciones por los candidatos, así como las relativas a la obtención o complementación de tales títulos de aptitud⁴⁴⁰.

⁴³⁵ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría*, Doc. JOB(01)/62/Rev.1, 2001, *cit.*, párr. 5; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Resumen de la reunión celebrada el 4 de diciembre de 2002*, Doc. S/WPDR/M/19, 2003, *cit.*, párr. 17.

⁴³⁶ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas relacionadas con los procedimientos administrativos para la adquisición de visas o permisos de entrada*, Doc. S/WPDR/W/29, 2004, *cit.*

⁴³⁷ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, párr. 8.

⁴³⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, 2009, *cit.*, párr. 8; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal del Presidente*, 2007, *cit.*, párr. 8.

⁴³⁹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Definiciones de prescripciones en materia de títulos de aptitud, procedimientos en materia de títulos de aptitud, prescripciones en materia de licencias, procedimientos en materia de licencias y normas técnicas*, Doc. S/WPDR/W/37, 2005, *cit.*, “son los procedimientos administrativos relativos a la presentación y tramitación de las solicitudes de licencias, y abarcan aspectos como el plazo de tramitación de las licencias, así como los documentos y la información necesarios para solicitar una licencia”.

⁴⁴⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS - documento de trabajo refundido, Nota del Presidente*, Doc. JOB(06)/225, 2006, *cit.*, párr. D4.

En la definición de trabajo del 2005 se explicó que abarcan, entre otros aspectos, la inscripción para cursar programas de enseñanza, las condiciones de inscripción, los documentos que han de presentarse, las tasas, las condiciones imperativas en relación con la presencia física, otros sistemas para cursar programas de enseñanza (por ejemplo, la educación a distancia), otras vías posibles para obtener un título (por ejemplo mediante la homologación de títulos equivalentes) y la organización de los exámenes para la expedición de títulos de aptitud, etc.⁴⁴¹

e. Normas técnicas o estándares técnicos

Si bien los Miembros en las negociaciones no han llegado a un acuerdo respecto a una definición sobre normas técnicas en servicios que sirva de referencia para las futuras disciplinas sobre reglamentación nacional⁴⁴², la definición más aceptada según el informe de situación del Presidente sobre las Disciplinas sobre la reglamentación nacional del 2011 es la que indica que “Por “normas técnicas” se entiende a las medidas que establecen las características de un servicio o la forma en que se suministra. Las normas técnicas incluyen también los procedimientos relacionados con el cumplimiento de esas normas (técnicas)”.

Esta definición es la misma que la presentada en el texto del presidente del 2009 y del 2007⁴⁴³ y es también parecida a la definición de trabajo adoptada por la Secretaría en el 2005⁴⁴⁴. En la versión revisada del texto, sin embargo, se agregó que las normas técnicas incluyen los procedimientos relacionados con su cumplimiento. La principal alternativa a esta definición es una que propone cambiar el término “establecen” por el término “prescriben”⁴⁴⁵, se entiende que esto implicaría que algunos de los Miembros insisten en dejar claro que las normas técnicas solamente

⁴⁴¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría - Revisión*, Doc. JOB(02)/20/Rev.10, 2005, *cit.*, nota al pie del párr. 5. Definiciones elaboradas en base al Documento S/WPPS/W/9.

⁴⁴² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, p. 14. Ver la versión anotada del borrador de las Disciplinas del art. VI del AGCS, OMC, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4, Annotated Text*, Room Document, Informal Note by the Chairperson, 14 March 2010.

⁴⁴³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, 2009, *cit.*, párr. 9; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal del Presidente*, 2007, *cit.*, párr. 9.

⁴⁴⁴ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría - Revisión*, Doc. JOB(02)/20/Rev.10, 2005, *cit.*, nota al pie del párr. 5, elaborado en base al Documento S/WPPS/W/9, párr. 4.

⁴⁴⁵ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, p. 14, párr. 9.

se refieren a normas de carácter obligatorios, ya que esto viene siendo una de las principales dificultades en acordar una definición.

Por lo general, las normas se refieren al suministro de un determinado servicio (incluyendo los requerimientos y especificaciones técnicas sobre los recursos e infraestructuras necesarios para el servicio, la terminología usada y la información requerida de ser publicada) en lugar del proveedor en sí mismo y tienen como objetivo garantizar un alto nivel de calidad y de protección del consumidor, así como compatibilidad, comparabilidad y la interoperabilidad, dependiendo del sector de servicios del que se trate.⁴⁴⁶

Las normas técnicas sobre las características de los de servicios se refieren así a normas mediante las cuales puede establecerse el contenido de una auditoría, o la especificación de los métodos de presentación de los informes financieros. Estipulaciones asimilables a una definición del servicio, y se pueden establecer las normas éticas o de comportamiento que ha de observar el auditor⁴⁴⁷. Una norma técnica sobre las formas conforme a las cuales debe realizarse el servicio, es el caso de las normas éticas o de conducta que ha de observar un profesional particular como un auditor, el tipo de comprobaciones que debe realizar el auditor, la forma en que debe documentarse el trabajo, etc. Son ejemplos de normas técnicas que podrían estar sometidas al art. VI:4 las normas ambientales y de seguridad no razonables en el transporte, prescripciones en materia de normas locales que son diferentes que el nivel federal en el sector de la construcción. En servicios profesionales restricciones a la fijación de honorarios y restricciones o prohibiciones que afectan a la comercialización y la publicidad (según la interpretación de los Miembros) o en general normas nacionales que difieren de las normas internacionales⁴⁴⁸.

La definición de trabajo del GTRN fue extraída del documento de antecedentes de la Secretaría de la OMC del 1996 en el marco del Grupo de trabajo de los servicios profesionales⁴⁴⁹. Esta interpretación fue apoyada por algunos Miembros de la OMC, proponentes de disciplinas sobre reglamentación nacional, principales proponentes en relación a normas técnicas en el marco del art.VI, México y Suiza. Quienes señalaron que “en la esfera del comercio de servicios las normas

⁴⁴⁶ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Normas Técnicas en los Servicios*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/W/49, 13 de setiembre 2012, p. 7. Ver el apartado I. C 1. Instrumentos regulatorios o técnicas de la regulación social Normas Técnicas del Capítulo Segundo.

⁴⁴⁷ Ver la definición de trabajo de normas técnicas en OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS*, Nota informal de la Secretaría - Revisión, Doc. JOB(02)/20/Rev.10, 2005, *cit.*, notal al pie del párr. 5.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 10, 12.

técnicas no sólo se refieren a las características técnicas del propio servicio, sino también a *las normas conforme a las cuales debe prestarse el servicio*⁴⁵⁰.

Esta definición agrega la posibilidad de incluir como normas técnicas a aquellas que sean de carácter voluntario, así como la posibilidad de que el concepto abarque también las normas preparadas, adoptadas y aplicadas por organismos de normalización no gubernamentales. En concreto, estos Miembros afirmaron que “las asociaciones de servicios profesionales desempeñan muy a menudo una actividad normativa. Por tanto, está claro para nosotros que las normas voluntarias, aunque las desarrollen organismos no gubernamentales que formalmente carezcan de capacidad normalizadora, pueden constituir obstáculos importantes al comercio, y por consiguiente debemos prestarles atención en la elaboración de disciplinas”⁴⁵¹.

Un principal aspecto en discusión ha sido la calidad de obligatorio o voluntario de las medidas relacionadas con las normas técnicas, es decir si las definición de normas técnicas voluntarias deben estar cubiertas por las disciplinas⁴⁵². Muchos de los Miembros parecen entender que la definición cubrirá las normas voluntarias, en este sentido algunos Miembros sugirieron la inclusión de la palabras “obligatorio o voluntario” y agregar también en relación a la definición, que los procedimientos se refieren a las medidas de los “Miembros y de órganos no gubernamentales”. El grupo de economías pequeñas y vulnerables por su parte señaló su preocupación en el sentido que las normas voluntarias desarrolladas por órganos plurilaterales pudieran crear un “*chilling effect*” en la habilidad de suministrar servicios, particularmente respecto a las pequeñas economías. Señalaron que era imperativo asegurar la mayor transparencia posible en el desarrollo de dichas normas técnicas.⁴⁵³

⁴⁵⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Propuesta de disciplinas sobre las normas técnicas en materia de servicios - Revisión*, Doc. S/WPDR/W/32/Rev.1, 2005, cit., párr. 8, p. 7; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Propuesta de disciplinas sobre las normas técnicas en materia de servicios*, Comunicación de Suiza, Doc. S/WPDR/W/32, 1º de febrero 2005.

⁴⁵¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Propuesta de disciplinas sobre las normas técnicas en materia de servicios - Revisión*, Doc. S/WPDR/W/32/Rev.1, 2005, cit., p. 2-3.

⁴⁵² Ver los comentarios de las delegaciones sobre el Borrador del Presidente y los cambios propuestos, WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 - Annotated Text*, 2010, cit., párr. 45 ss.

⁴⁵³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Preocupaciones relacionadas con el comercio de las economías pequeñas y vulnerables en el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional - Revisión*, Comunicación de Antigua y Barbuda, Barbados, Cuba, Dominica, El Salvador, Fiji, Granada, Guatemala, Honduras, Jamaica, Mauricio, Mongolia, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tabago, Doc. JOB(06)/66/Rev.1, 2 de mayo 2006; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Preocupaciones relacionadas con el comercio de las economías pequeñas y vulnerables en el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional - Segunda Revisión*, Comunicación de Antigua y Barbuda, Barbados, Cuba, Dominica, El Salvador, Fiji, Granada, Guatemala, Honduras, Jamaica, Mauricio, Mongolia, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tabago, Doc. JOB(06)/66/Rev.2, 10 de julio 2006.

Otros Miembros consideran que solamente incluye normas técnicas obligatorias. Señalaron por ejemplo que esto estaba implícito de la definición inicial, ya que solamente en relación a las normas técnicas obligatorias podía exigirse su cumplimiento. Otras delegaciones expresaron dudas sobre la utilidad de intentar disciplinar también normas voluntarias, ya que no estaba claro cómo las disciplinas podrían aplicarse a acciones de organismos no gubernamentales quienes no ejercen competencias delegadas en el sentido del art. I: 3 del AGCS⁴⁵⁴

Otra propuesta de los Miembros durante las negociaciones del GTRN sugirió señalar que las normas técnicas incluyen además de los procedimientos relacionados con el cumplimiento de esas normas técnicas, los procedimientos relacionados con su aplicación, control, exigencia del cumplimiento⁴⁵⁵, lo que implicaría un mayor alcance de los procedimientos disciplinados. En la última versión del borrador luego de la intensificación de las negociaciones de 2011 ya no aparece esta propuesta.

También se ha señalado que una vez definido el alcance de norma técnica de servicios, sería necesario recurrir a las definiciones proporcionadas en otros acuerdos internacionales administrados por la OMC, e inclusive, recurrir a las definiciones de norma y reglamento técnico establecidas en el marco de los Organismos Internacionales de Normalización⁴⁵⁶. Las iniciativas internacionales relativas a normas técnicas de servicios, tienen incidencia en la creación y cumplimiento de muchas de las regulaciones nacionales, por ende su consideración en el marco de las negociaciones del AGCS sobre buena regulación y normas técnicas de servicios es indudable⁴⁵⁷.

El alcanzar un acuerdo respecto a las definiciones de estos cinco tipos de medidas que están cubiertos para las disciplinas del art. VI:4 es clave para que se llegue a un claro concierto sobre su contenido y alcance, ya que éstas constituyen la base para las obligaciones de las disciplinas horizontales y posibles futuras disciplinas sectoriales. Sin embargo, a pesar que hay un acuerdo general en términos generales, las discrepancias sobre las especificaciones de las definiciones parecen seguir vigentes. Estas dificultades son importantes ya que las definiciones de los subgrupos de medidas afectan el alcance general de las disciplinas y las previsiones específicas de los procedimientos o prescripciones de las categorías específicas de reglamentación nacional.

⁴⁵⁴ Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 - Annotated Text*, 2010, *cit.*, párr. 51-52. Otros comentarios de las delegaciones apuntaron que las normas técnicas deben limitarse únicamente a las medidas voluntarias, al igual que en el contexto del Acuerdo OTC.

⁴⁵⁵ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI - Propuesta de proyecto de texto*, Doc. JOB(06)/193, 2006, *cit.*, párr. 8.

⁴⁵⁶ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Experiencia de México en relación con disciplinas aplicables a las normas y reglamentos técnicos referentes a servicios*, Doc. S/WPDR/W/30, 2004, *cit.*, p. 6, párr. 15-16.

⁴⁵⁷ En esta investigación se realizó en el capítulo III un estudio de las iniciativas internacionales sobre normas técnicas de servicios y su incidencia en las disciplinas sobre reglamentación nacional de servicios del AGCS. Ver este análisis en el marco del estudio sobre la definición de normas técnicas en virtud del art. VI.

Este problema ha sido explicado por STUMBERG como in solapamiento que existe en la práctica entre las categorías del art. VI:4⁴⁵⁸ y el reto del GTRN es aclarar las definiciones de prescripciones y procedimientos de licencias; prescripciones y procedimientos de títulos de aptitud y normas técnicas, para que no se solapen.

Respecto a la delimitación entre prescripciones de licencias y títulos de aptitud, puede interpretarse que los requisitos de competencia pertenecen tanto a personas naturales como jurídicas ¿Deben entonces las competencias de una empresa o persona jurídica ser valoradas solamente como requisitos de licencias? Respecto a los requisitos de licencia y normas técnicas, para mantener las licencias se debe cumplir con las normas técnicas por las que la licencia se ha otorgado. Se estaría en este caso (requisitos operacionales) hablando de requisitos de licencia (que suelen operar al inicio de la autorización) o se trataría de estándares técnicos. Finalmente, sobre el alcance de normas técnicas, incluirán estándares obligatorios u voluntarios de las entidades gubernamentales.⁴⁵⁹

3. Transparencia y simplificación administrativa

El contenido de transparencia con el que se está negociando en el GTRN da margen para incluir requisitos de adecuada publicación, e incorporar en la publicación información detallada sobre diferentes procedimientos y prescripciones relacionadas con la autorización, funcionamiento, vigilancia y revisión, entre otros, de las medidas de aplicación general relativas a licencias, títulos de aptitud y normas técnicas⁴⁶⁰. Así también prevé la posibilidad de establecer mecanismos de consulta que puedan utilizar los proveedores de servicios sobre estas medidas y publicación anticipada de las propuestas de regulaciones, mecanismos de comentarios previos, entre otros⁴⁶¹.

Las disciplinas sobre transparencia han sido en términos generales aceptadas por los Miembros, por lo que un acuerdo para la creación de disciplinas relacionadas con la transparencia

⁴⁵⁸ Vid. STUMBERG, R., "GATS Negotiations on Domestic Regulation", *Discussion Draft of May 19, 2010*, Harrison Institute for Public Law, Georgetown University Law Center, 2010, p. 6.

⁴⁵⁹ Vid. OMC, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4, Annotated Text*, 2010, cit.

⁴⁶⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, 2009, cit., párr. 13. Cabe recordar lo que señalaban IIDA Y NIELSON, que las propuestas para incrementar la transparencia en el proceso regulatorio se tienen que reflejar en tres diferentes momentos, en el proceso de creación de la regulación, en la aplicación de los procedimientos mediante una regulación y en los procedimientos de revisión o apelaciones sobre la toma de decisiones, vid. IIDA, K. Y NIELSON, J., "Transparency in domestic regulation: practices and possibilities", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank y Oxford University Press, 2003, pp. 7-26, en p. 18.

⁴⁶¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente*, 2009, cit, párr. 14-15.

parece bastante factible⁴⁶². A diferencia del profundo debate y controversia desarrollados en relación a la prueba de necesidad, en este aspecto de la transparencia existe actualmente un general consenso en el contenido general de las disciplinas. Los instrumentos relacionados con el debido proceso y la buena administración previsiblemente formarán parte de las disciplinas generales sobre transparencia, que también estarán incorporadas de forma más concreta en las provisiones específicas sobre licencias, títulos de aptitud y normas técnicas. Los principios sobre transparencia no son inusuales y frecuentemente están incorporados en las regulaciones y procedimientos⁴⁶³, este puede ser uno de los motivos de su mayor aceptación en las negociaciones del GTRN.

Sin embargo, dependiendo del resultado final, las disciplinas pueden tener también algunos efectos limitantes en los procedimientos administrativos de los PED⁴⁶⁴. Por ende, el reto sigue siendo establecer cuál es el apropiado balance entre la seguridad jurídica y flexibilidad regulatoria y qué instrumentos son los mejores para alcanzar este equilibrio⁴⁶⁵.

⁴⁶² Por ejemplo, la más reciente propuesta de EEUU sobre las disciplinas horizontales se basa únicamente en disposiciones sobre transparencia y le da la “máxima prioridad” en las negociaciones. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Líneas generales de la posición de los Estados Unidos sobre un proyecto de texto consolidado en el marco del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional*, Doc. JOB(06)/223, 2006, *cit.*, párr. 15. En este mismo sentido, la propuesta de la UE se basó en un enfoque amplio sobre transparencia, fundada en el art. III del AGCS y las disciplinas de contabilidad. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Necesidad y transparencia de la reglamentación nacional*, Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, Doc. S/WPDR/W/14, 1 de mayo 2001, párr. 25. *Vid.* también, entre otras propuestas, OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil y Filipinas - (sin título)*, Doc. JOB(06)/133, 2006, *cit.*, párr. 7. Asimismo, la propuesta de Brasil, Canadá y EEUU, donde reafirman sus propuestas de dejar de lado la posibilidad de una prueba de necesidad y enfocarse en disciplinas de transparencia y buena administración de las regulaciones. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Opiniones sobre la cuestión de la prueba de necesidad en las disciplinas relativas a la reglamentación nacional*, Doc. S/WPDR/W/44, 2011, *cit.*, párr. 8.

⁴⁶³ *Vid.* LIM, A. H. Y DE MEESTER, B., (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁶⁴ *Vid.* KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", *op. cit.*, p. 191; KARMAKAR, S., "Disciplining Domestic Regulations under GATS and its Implications for Developing Countries: An Indian Case Study", *Journal of World Trade*, vol. 41, no. 1, 2007, pp. 127-158, p. 136.

⁴⁶⁵ *Vid.* LIM, A. H. Y DE MEESTER, B., (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, *op. cit.*, p. 13.

En relación a la disciplina relacionada con las prescripciones y procedimientos sobre la verificación de titulaciones, en el más reciente borrador de las disciplinas de reglamentación nacional se propone incluir una disciplina relacionada con los requerimientos de titulación para el suministro de servicios relacionada con los procedimientos para la verificación y valoración de las titulaciones. Cuando un Miembro imponga dichas prescripciones en materia de títulos de aptitud para el suministro de un servicio, se asegurará de que existan los procedimientos para la verificación y evaluación de los títulos de aptitud. Asimismo, al realizar la valoración, cuando la autoridad competente lo estime oportuno, tomará debidamente en consideración la experiencia profesional pertinente del solicitante como complemento de los títulos académicos. También podrá tomar en cuenta la condición de ser miembro de una asociación profesional pertinente en el territorio de otro Miembro.⁴⁶⁶ El grado de exigencia y aplicabilidad de esta disciplina está aún en discusión en el marco del GTRN.

En relación al establecimiento de mecanismos específicos para la verificación de titulaciones⁴⁶⁷ se han valorado las propuestas de varios PED relacionadas con la existencia de mecanismos y procedimientos pre-establecidos para la verificación de las titulaciones extranjeras.⁴⁶⁸

Una de las propuestas está relacionada en concreto con la obligación que los responsables de la reglamentación tengan en cuenta los títulos de aptitud adquiridos en el país de origen del proveedor de servicios extranjero y modifiquen en consecuencia toda la prescripción adicional que se le aplique, garantizando así que esas prescripciones no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio.⁴⁶⁹

Sin embargo, en base a la experiencia de las negociaciones sobre las disciplinas de reglamentación nacional y el poco interés de los Miembros más desarrollados en profundizar en los

⁴⁶⁶ Ver el Borrador de las disciplinas del 2009, OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente, 2009, cit.*, en el párrafo 27 sobre Prescripciones en materia de títulos de aptitud.

⁴⁶⁷ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Elementos propuestos para las disciplinas sobre prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud*, Doc. JOB(05)/50, 2005, *cit.*

⁴⁶⁸ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas propuestas sobre prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud*, Doc. JOB(06)/160, 2006, *cit.* La propuesta figuraba en un documento de sala de 2 de mayo de 2006. Esta nueva propuesta representaba una evolución que convertía en texto concreto los elementos de su propuesta anterior, de signatura JOB(05)/50. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Elementos propuestos para las disciplinas sobre prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud*, Doc. JOB(05)/50, 2005, *cit.* Para una propuesta más reciente ver WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Textual proposal by India on qualification requirements and procedures*, Unofficial room document, 2011.

⁴⁶⁹ Vid. WTO, "World Trade Report 2012 - Trade and public policies: A closer look at non-tariff measures in the 21st century", Geneva, p. 185.

compromisos en el Modo 4, esta posibilidad es poco probable a nivel multilateral⁴⁷⁰. Es más, los Miembros promotores del Modo 4 expresaron en el 2011, antes de que se paralizaran las negociaciones, que una preocupación importante era la estabilidad de los compromisos, ya que en algunos casos los compromisos se habían vinculado a listas, leyes o directrices nacionales que reducían su previsibilidad⁴⁷¹.

Sin duda para la mayor liberalización del Modo 4 es necesario la puesta en práctica del art. VI:6, para ello las discusiones y negociaciones dentro del GTRN pueden ser útiles, pero en la práctica los resultados positivos se ven aún muy lejanos. En el plano nacional el esfuerzo para la reforma de la reglamentación hacia una reglamentación de calidad debe continuar, en particular respecto a la verificación de las competencias de los profesionales, ya sea que surja o no de una cooperación multilateral. Se ha planteado por ejemplo en los servicios jurídicos que se adapten prescripciones en materia de títulos de aptitud, las que podrían *centrarse más en la calidad* del servicio para servir mejor al cliente y contribuir al interés público general de una administración de justicia eficiente. De este modo, la prohibición de prestar servicios jurídicos progresivamente ha dado paso a paso a un acceso fundado en una evaluación objetiva y no discriminatoria de los títulos de aptitud en materia jurídica de los abogados extranjeros. También se ha propuesto ajustar el nivel de la reglamentación de los servicios jurídicos al *nivel de conocimientos especializados del cliente*. En tales casos, ese cliente experto estaría en mejores condiciones de evaluar las credenciales del abogado y de la calidad del servicio y asumir responsabilidad al respecto.⁴⁷²

⁴⁷⁰ A pesar del interés y participaciones de varios Miembros en las negociaciones de servicios a fortalecer los compromisos en Modo 4, hasta la fecha sus propuestas han sido muy poco consideradas y los compromisos y ofertas siguen siendo insuficientes. Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales*, Doc. TN/S/36, 2011, *cit.*, pp. 10-11. “Según los copatrocinadores, la cobertura sectorial de las ofertas siguió siendo insuficiente. Aún no estaban abarcados muchos de los subsectores de interés para los países en desarrollo... Las ofertas de numerosos Miembros en Modo 4 estaban todavía vinculadas a la presencia comercial y sujetas a prescripciones en materia de nacionalidad y residencia...” Sobre los intereses de liberalización en el Modo 4 ver, entre otras propuestas: OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Comunicación de la Argentina, Bolivia, Chile, la República Popular China, Colombia, Egipto, Filipinas, Guatemala, la India, México, el Pakistán, el Perú, la República Dominicana y Tailandia, Liberalización propuesta del modo 4 en el marco de las negociaciones sobre el AGCS*, Sesión Extraordinaria, Doc. TN/S/W/14, 3 de julio 2003; OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, *Comunicación de China, la India, el Pakistán, el Perú y Tailandia - Compromisos liberales relativos al modo 4: Una solución beneficiosa para todos los Miembros*, Sesión Extraordinaria, Doc. JOB(07)/175, 12 de noviembre 2007, párr. 20.

⁴⁷¹ Vid. OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, *Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales*, Doc. TN/S/36, 2011, *cit.*, p. 10.

⁴⁷² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Cuestiones de reglamentación por sectores y modos de suministro*, Doc. S/WPDR/W/48, 2012, *cit.*, p. 10.

4. Prueba de necesidad o alternativas menos intrusivas en las políticas regulatorias

Tanto la Secretaría de la OMC⁴⁷³ como gran parte de la doctrina parecen estar de acuerdo en ver en el mandato del art. VI:4 un llamamiento para la creación de una “prueba de necesidad” o cuando menos un requerimiento amplio del principio de proporcionalidad⁴⁷⁴. Si bien existen serios debates respecto de la deseabilidad y la pertinencia de la PN, la principal reserva de varios Miembros para no incluir una prueba de necesidad se ha basado en términos generales en su preocupación por la posible injerencia en su autonomía regulatoria, derivada de la aplicación de la PN. En sentido más concreto, el debate se centró en el contenido exacto o posibles elementos de la PN y posteriormente en el contenido de las diferentes propuestas de los Miembros.

El debate doctrinal sobre el contenido y alcance de la prueba de necesidad en el art. VI y su injerencia en la soberanía y la flexibilidad regulatoria ha estado asociada a las discusiones del GTRN⁴⁷⁵, así los estudios también están divididos en si se debería o no incluir la prueba en las nuevas disciplinas.⁴⁷⁶

⁴⁷³ La Secretaría ha venido desarrollando a lo largo de la historia de las negociaciones relacionadas con el art. VI documentos informativos con el objetivo de aclarar el contenido de la Prueba de Necesidad contenida en el art. VI:4. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Las Pruebas de Necesidad en la OMC*, Doc. Doc. S/WPDR/W/27, 2 de diciembre 2003; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Las Pruebas de Necesidad en la OMC*, Doc. S/WPDR/W/27/Add.1, 18 de enero 2011.

⁴⁷⁴ Entre los autores que ven claramente la presencia de una prueba de necesidad en el marco del art. VI:4 están TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation & Services Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank and Oxford University Press, 2003, pp. 57-81, en p. 67-68; TRACHTMAN, J. P., "Addressing regulatory divergence through international standards : financial services", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic regulation and service trade liberalization*, Washington, D C, World Bank, 2003, pp. 27-41; KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 141; DELIMATIS, P., "Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come", *European Journal of International Law*, vol. 19, no. 2, 2008, pp. 365-408; WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", *op. cit.*

⁴⁷⁵ La discusión sobre la terminología e implicaciones legales ha comprendido términos tales como: “medida menos restrictiva al comercio”, “no más restrictivo al comercio de lo necesario”, “proporcionalidad”, “no más gravosas de lo necesario”. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Situación de las negociaciones sobre las disciplinas en materia de reglamentación de conformidad con el párrafo 4 de artículo VI del AGCS*, Nota del Presidente, Doc. JOB(06)/37, 3 de marzo 2006, y las notas y borradores sobre las Disciplinas elaborados por el presidente del GTRN: OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS - documento de trabajo refundido*, Nota del Presidente, Doc. JOB(06)/225, 2006, *cit.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS*, Nota informal del Presidente, 2007, *cit.*

⁴⁷⁶ Dentro de los autores a favor de incluir la PN en las nuevas disciplinas *vid.* DELIMATIS, P., "Who's afraid of necessity? And why it matters?", en LIM, A. H. Y DE MEESTER, B. (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014, pp. 95-109; DELIMATIS, P., "Towards a Horizontal Necessity Test for Services: Completing the GATS Article VI:4 Mandate", en PANIZZÓN, M., POHL, N., et al. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, *World Trade Forum (World Trade Forum 2006)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 370-394, p. 390; DJORDJEVIC, M., "Domestic regulation and free trade in services - A balancing act",

El principal argumento a favor de que la PN se implemente en las disciplinas de reglamentación nacional es que esta herramienta ha sido usada en otros acuerdos de la OMC como un “benchmark” para identificar y disciplinar “unduly burdensome or protectionist regulatory behavior”⁴⁷⁷. También se ha comentado que es esencial la creación de la PN porque de hacerlo no se habrá cumplido con el mandato de negociaciones del art. VI:4 y sobre todo porque la ausencia de la PN dejaría a las nuevas disciplinas sin valor, ya que no existirá un referente claro en relación al cual los órganos resolutorios de la OMC puedan valorar las reglamentaciones nacionales que fueran cuestionadas⁴⁷⁸.

Un argumento que cuestiona la inclusión de la PN es que las reglamentaciones nacionales no discriminatorias tal vez no deberían ser revisadas en virtud del art. VI:4, ya que el art. XVII ya se ocupa rigurosamente de los efectos proteccionistas de las medidas⁴⁷⁹. En todo caso, respecto a los requisitos de licencias, una prueba de necesidad se justificaría o sería legítima si se basa en que se establezcan los requisitos que restringen “significativamente” el CIS, lo cual se debe demostrar empíricamente. Adicionalmente se debe demostrar que la prueba de necesidad se pueda plasmar de una manera que no amenaza la legítima autonomía regulatoria. KRAJEWSKI parece tener una visión vigilante y precavida de la incorporación de la PN, en tanto que su impacto en la autonomía regulatoria dependería del diseño preciso de la PN⁴⁸⁰, las disciplinas deben seguir el ejemplo de las disciplinas de contabilidad y mantener la prueba de necesidad del art. VI:4, además sugiere que se debe dar una guía clara a los órganos de solución de diferencias de la OMC sobre cómo aplicar dicha prueba⁴⁸¹. En tanto que otros autores parecen negar claramente la posibilidad de una PN, basándose en que ésta implica un ejercicio de equilibrio entre la restricción al comercio de la

Legal issues of economic integration, vol. 29, no. 3, 2002, pp. 305-322, p. 321; MATTOO, A., "Services in a Development Round: Three Goals and three Proposals", *Journal of World Trade*, vol. 39, 2005, pp. 1223-1238, en p. 1232; KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 154 ss.

⁴⁷⁷ Vid. DELIMATISIS, P., "Concluding the WTO services negotiations on domestic regulation - hopes and fears", *op. cit.*, p. 663; DELIMATISIS, P., "Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come", *op. cit.*, p. 365 ss.

⁴⁷⁸ Vid. DELIMATISIS, P., "Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come", *op. cit.*, p. 401.

⁴⁷⁹ Vid. GAMBERALE, C. Y MATTOO, A., "Domestic Regulations and Liberalization of Trade in Services", en HOEKMAN, B., MATTOO, A., et al. (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington, DC, World Bank, 2002; MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Looking Ahead", *op. cit.*

⁴⁸⁰ Vid. KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 144. Basado en la jurisprudencia de la *Corea – Carne Vacuna* y *CE – Amianto*, parece sugerir que la propuesta de la UE de incorporar una prueba que incluya en su lenguaje el criterio de proporcionalidad, no crearía una mayor certeza jurídica. Sin embargo, al entender de esta investigación, como se verá en los siguientes párrafos, una PN que incluya algunos elementos de la propuesta de la UE podrían dar mayores guías a los órganos resolutorios sobre la aplicación de la PN. Sobre todo considerando el desarrollo más reciente de la doctrina y entendiendo el criterio de proporcionalidad en su sentido amplio.

medida y valores fundamentales de la sociedad, lo que no es apropiado de realizar por los órganos de solución de diferencias de la OMC⁴⁸².

A partir del borrador de las disciplinas del 2007, en el texto principal no se incluyen disciplinas sobre una PN, ya sea en las disposiciones generales o en las disposiciones operativas específicas para licencias, títulos de aptitud o normas técnicas⁴⁸³. Sin embargo, el debate sobre la inclusión de la PN no se ha cerrado, más aun considerando que el proceso de negociación está ahora suspendido y su reinicio se ha supeditado la reactivación de las negociaciones de servicios en la OMC y especialmente las negociaciones sobre AM⁴⁸⁴. Lo que se tiene sobre la mesa es un texto depurado del borrador del 2009, junto con párrafos alternativos y propuestas de redacción, incluidos algunas propuestas sobre la PN. En el último informe de situación del presidente ha quedado nuevamente claro que no hay acuerdo entre los Miembros sobre la inclusión de este criterio normativo y que para algunos sigue siendo una prioridad⁴⁸⁵.

En las negociaciones de las nuevas disciplinas del GTRN, desde el inicio y a lo largo de ella, los Miembros no han estado de acuerdo primero en la existencia de un mandato para desarrollar una prueba de necesidad y luego en el posible contenido de una disciplina relacionada⁴⁸⁶. La discusión ha tenido como un eje central las implicaciones legales de la definición de términos tales como: “medida menos restrictiva la comercio”, “no más restrictivo al comercio de lo necesario”,

⁴⁸² Vid. HOWSE, R. Y TÜRK, E., "The WTO negotiation on services: The regulatory state up for grabs", *Canada Watch*, vol. 9, no. 1-2, 2002, pp. 3-6, p. 14. Asimismo, WOUTERS Y COPPENS parecen preferir que no se incluya una PN en las disciplinas y que los Miembros refuercen otras disposiciones del AGCS relacionadas con el reconocimiento (de estándares nacionales) y el uso de estándares internacionales para fortalecer el proceso de armonización de las disciplinas, vid. WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", *op. cit.*, p. 253.

⁴⁸³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal del Presidente, 2007, cit.*, párr. 2. En referencia al objetivo de las disciplinas se indica que “La finalidad de estas disciplinas es facilitar el comercio de servicios, asegurando que las medidas [...] se basen en criterios objetivos y transparentes, como la competencia y la capacidad de suministrar el servicio, y no constituyan restricciones encubiertas del comercio de servicios” (énfasis añadido).

⁴⁸⁴ Sobre el trabajo futuro del GTRN, en respuesta a la solicitud de los Miembros en qué trabajo deberían asumir para cumplir con el mandato de desarrollar las disciplinas, varios Miembros señalaron que si bien es importante que se vuelva al mandato de preparar el texto de las disciplinas (Suiza, China), se comentó también que no se podía retornar a una negociación basada en el texto de las disciplinas si no hay claridad sobre cómo las negociaciones avanzarán en su totalidad, en particular en relación a las negociaciones sobre acceso al mercado (Canadá, EEUU, UE, Japón, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Argentina). Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 17 de setiembre de 2014*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WDR/M/62, 20 de octubre 2014, párr. 3.1, 3.15.

⁴⁸⁵ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, p. 5.

⁴⁸⁶ Por ejemplo, sobre las discusiones entabladas en relación a la aplicación de una PN en las disciplinas, vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 1º de abril de 2009*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/40, 12 de mayo 2009; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, p. 5.

“proporcionalidad”, “no más gravosas de lo necesario”.⁴⁸⁷ Desde las primeras etapas de las negociaciones, el elemento central ha sido también el contenido mismo de la prueba de necesidad⁴⁸⁸, esto es, cómo valorar si una medida puede ser considerada necesaria, valorando si existe una medida menos restrictiva al comercio razonablemente disponible. Este elemento fue considerado por varios Miembros, también desde la etapa inicial de las negociaciones, como un aspecto complejo y oneroso de aplicarse horizontalmente debido a la importante diversidad sectorial⁴⁸⁹. En este sentido, una preocupación importante fue qué criterios debían usarse para aplicar el examen de la medida alternativa⁴⁹⁰.

Hacia inicios del 2006 se habían presentado varias comunicaciones y propuestas de los Miembros que contenían propuestas sobre la PN en las disciplinas, el informe de situación de las negociaciones reflejó que se habían planteado cuestiones relacionadas una prueba de necesidad general aplicable a las prescripciones y los procedimientos en materia de licencias y de títulos de aptitud y las normas técnicas, especialmente en relación a la estructura y el significado de la “prueba de necesidad”, y que esta prueba debe alcanzar un equilibrio adecuado entre el derecho de los Miembros a regular y la necesidad de garantizar que la reglamentación nacional sea lo menos restrictiva del comercio posible⁴⁹¹. También varios Miembros han expresado su oposición y

⁴⁸⁷ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Situación de las negociaciones sobre las disciplinas en materia de reglamentación de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS*, Doc. JOB(06)/37, 2006, *cit.*, y las notas y borradores sobre las Disciplinas elaborados por el presidente del GTRN: OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS - documento de trabajo refundido, Nota del Presidente*, Doc. JOB(06)/225, 2006, *cit.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal del Presidente*, 2007, *cit.*

⁴⁸⁸ Vid. una interpretación parecida en WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", *op. cit.*, p. 248. Aquí el debate se centró sobre todo en la idoneidad de una prueba de proporcionalidad en sentido estricto, o una prueba de necesidad basada en el examen de la medida menos restrictiva alternativa, incluyendo un examen de sopesar y contrastar varios factores. Ver el estudio realizado en este capítulo sobre “Un nuevo modelo para la prueba de necesidad en las disciplinas del art. VI:4 basado en la jurisprudencia”.

⁴⁸⁹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 19 de octubre de 1999*, Nota de la Secretaría, Doc. S/WDR/M/3, 18 de enero 2000, párr. 5; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 2 de octubre de 2000*, Doc. S/WDR/M/8, 2000, *cit.*, Anexo. Resumen de los debates informales sobre la lista recapitulativa de cuestiones para el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional, p. 5, párr. 6; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 11 de mayo de 2001*, Doc. S/WPDR/M/11, 2001, *cit.*, párr. 6; WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Application of the Necessity Test: Issues for consideration*, Informal Note by the Secretariat, Doc. Job No. 5929, 8 October 1999.

⁴⁹⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 11 de mayo de 2001*, Doc. S/WPDR/M/11, 2001, *cit.*, Anexo resumen de los debates sobre la lista recapitulativa de cuestiones para el grupo de trabajo sobre la reglamentación nacional, párr. 7.

⁴⁹¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Situación de las negociaciones sobre las disciplinas en materia de reglamentación de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS*, Doc. JOB(06)/37, 2006, *cit.*, párr. 7.

consideraron inaceptable la PN incluida en varias propuestas, señalaron que por ejemplo “alteraba el equilibrio en contra de los reguladores”⁴⁹².

En la valoración de la PN algunos Miembros siguen argumentando por ejemplo que una medida podría ser considerada como “no necesaria”, independientemente de que tenga o no algún efecto sobre los compromisos de servicios e incluso en el CIS⁴⁹³. Sin embargo, a partir del análisis que se ha realizado, esta preocupación no parece demasiado fundada en la actualidad. Como se ha señalado, al presentar algunos elementos de un modelo de la prueba de necesidad⁴⁹⁴, algunas especificidades recientemente consideradas por los órganos resolutorios de la OMC en el examen de sopesar y confrontar de la PN, especialmente del Acuerdo OTC y en cierta medida del Acuerdo TBT, podrían dar mayor seguridad al resguardo de la autonomía regulatoria de los Miembros, criterios generales que en gran medida podrían adaptarse a los diversos sectores de servicios. La jurisprudencia ha venido realizando una interpretación del “grado de contribución de la medida al logro del objetivo legítimo”, “el grado de restricción al comercio” y “la consideración del riesgo que crearía no cumplir con el objetivo de la medida” que es bastante respetuosa de los intereses de política regulatoria nacional⁴⁹⁵ y que integra al examen del equilibrio de la medida y su objeto conceptos que dan mayor claridad a la forma de aplicar la PN.

Sin embargo, las negociaciones reflejan que los Miembros siguen sin encontrar una posición en común en relación a si un tipo de prueba de necesidad como el que se ha propuesto en esta investigación es el deseado⁴⁹⁶ y varios mantienen las dudas sobre el alcance real de la disciplina en su capacidad regulatoria. Esta discrepancia quedó ya reflejada en el primer borrador o texto refundido de las disciplinas del 2006 y se ha mantenido hasta los más recientes debates⁴⁹⁷.

⁴⁹² Vid. la opinión de algunos Miembros respecto a la propuesta de Australia, Chile, Colombia y otros del 2006, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI - Propuesta de proyecto de texto*, Doc. JOB(06)/193, 2006, *cit.*, según el resumen de las reuniones de junio del 2006, OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Resumen de la Reunion Informal Celebrada los días 19 y 20 de junio de 2006*, Nota del Presidente, Doc. JOB(06)/235, 14 de agosto 2006, párr. 19.

⁴⁹³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Opiniones sobre la cuestión de la prueba de necesidad en las disciplinas relativas a la reglamentación nacional*, Doc. S/WPDR/W/44, 2011, *cit.*, párr. 2.

⁴⁹⁴ Ver en el Capítulo Quinto el apartado III. A. 2. b).

⁴⁹⁵ Ver lo señalado más arriba en este capítulo.

⁴⁹⁶ En este sentido señalan LIM Y DE MEESTER en una reciente aportación sobre el problema no resuelto de la prueba de necesidad que: “*Should a necessity test of the type already found in the TBT or SPS Agreement, or a variation of it, be used in domestic regulation disciplines? The negotiators, so far, have found no common view on this issue.*” Vid. LIM, A. H. Y DE MEESTER, B., “Domestic regulation and services: the way ahead”, en LIM, A. H. Y DE MEESTER, B. (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014, pp. 333-351, p. 348.

⁴⁹⁷ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS - documento de trabajo refundido*, Nota del Presidente, Doc. JOB(06)/225, 2006, *cit.* En relación al objetivo de las disciplinas relacionadas con que la medida no sea más gravosa de lo necesario, la nota al pie 1 del párrafo 3 indica la oposición de varios Miembros a la PN. Vid. también el último informe de situación de las negociaciones del

Un repaso por las principales propuestas de los Miembros es útil para revisar los principales elementos en discusión. Los Miembros a favor de disciplinas más fuertes consideran que la prueba de necesidad es un aspecto central de las disciplinas de reglamentación nacional. Destacan como proponentes de unas disciplinas fuertes, que incluyan una prueba de necesidad, Miembros tales como la UE y Japón, Australia, y Suiza⁴⁹⁸.

La propuesta de la UE propone la inclusión de una prueba de necesidad que sea de carácter horizontal para todos los sectores y que se base en los conceptos del art. VI:4⁴⁹⁹. Para valorar si la medida es necesaria señala que “Deberá considerarse que una medida no es más restrictiva del comercio ni más gravosa de lo necesario si no es desproporcionada al objetivo que se persiga”⁵⁰⁰. De esta forma incorpora el concepto de “proporcionalidad” como un medio de evaluar los efectos en el comercio de una medida de reglamentación nacional cubierta por el VI:4. También señala en relación a los objetivos que el grado de restrictividad se evalúa en función a ellos, pero la validez del objetivo no debe ser valorado⁵⁰¹, lo que fue resaltado en los debates posteriores⁵⁰². Esta propuesta fue recibida con poco entusiasmo y se le ha criticado de incorporar una prueba de

GTRN, OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*

⁴⁹⁸ *Vid.* entre otras, OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Necesidad y transparencia de la reglamentación nacional*, Doc. S/WPDR/W/14, 2001, *cit.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación de Australia, Necesidad y Transparencia*, Doc. S/WPDR/W/8, 15 de setiembre 2000; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Japón, Proyecto de anexo sobre la reglamentación nacional*, Doc. JOB(03)/45/Rev.1, 2003, *cit.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación de la Republica de Corea, La prueba de Necesidad*, Doc. S/WPDR/W/9, 28 de septiembre 2000; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Japón, Proyecto de anexo sobre la reglamentación nacional*, Doc. JOB(03)/45/Rev.1, 2003, *cit.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Elementos iniciales de las modalidades para las negociaciones relativas a las disciplinas sobre la reglamentación nacional*, Doc. JOB(05)/68, 2005, *cit.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI - Propuesta de proyecto de texto*, Doc. JOB(06)/193, 2006, *cit.*

⁴⁹⁹ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Necesidad y transparencia de la reglamentación nacional*, Doc. S/WPDR/W/14, 2001, *cit.*, párr. 14.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, párr. 17. Expresado de otro modo: “una medida que no sea la menos restrictiva del comercio no se considerará más gravosa o más restrictiva del comercio de lo necesario, siempre que no sea desproporcionada en relación con el objetivo que se declare y persiga.” *Ibid.*, párr. 22.

⁵⁰¹ La comunicación de la UE señala” Cabe aclarar que en relación a la prueba de necesidad no habrá que evaluar la validez, o razón de ser, del objetivo u objetivos de la política. Además consideran que las frases 'no sean más gravosas de lo necesario' y 'no sean más restrictivas del comercio de lo necesario' tienen esencialmente el mismo sentido, y que son preferibles al concepto de 'menos restrictivas del comercio'. *Ibid.*, párr. 17; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 12 de marzo de 2002*, Doc. S/WPDR/M/15, 2002, *cit.*, párr. 57.

⁵⁰² La UE resaltó que bajo su enfoque de la prueba de necesidad “no se cuestionaba la razón de ser que estaba relacionada con el derecho a reglamentar. Lo que estaba en entredicho era el modo en que los Miembros reglamentaban, es decir, cómo se perseguía el objetivo.” *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 3 de julio 2001*, Doc. S/WPDR/M/12, 2001, *cit.*, párr. 55.

proporcionalidad en sentido estricto⁵⁰³. Sin embargo, como se ha comentado este examen no se aplica en el ámbito de la OMC y lo que la jurisprudencia ha venido incorporando han sido factores para determinar si una medida alternativa, compatible con la OMC o menos incompatible, está razonablemente disponible. Aquí, la importancia de los objetivos legítimos es en todo caso uno de estos factores. La jurisprudencia ha evolucionado hacia consideraciones de mayor protección a los intereses políticos nacionales y capacidad regulatoria y a valorar aspectos relacionados de capacidad técnica y económica de los Miembros para implementar medidas regulatorias alternativas. En este contexto, el criterio de proporcionalidad señalado por la UE en su propuesta debe entenderse como proporcionalidad en sentido amplio y la expresión “no más gravosa de lo necesario” sería una de las expresiones de esta prueba de proporcionalidad⁵⁰⁴. Los elementos propuestos por la UE para la definición del concepto de necesidad son válidos para las disciplinas sobre reglamentación nacional y ayudarían a evitar la mayor discrecionalidad de los órganos resolutorios de la OMC y se tomarían en cuenta algunas de las preocupaciones de los PED. Cabe resaltar dentro de los elementos mencionados en la propuesta el concepto de proporcionalidad, este concepto tendría que estar relacionado con el tipo de medida de que se tratara, tener en cuenta el marco técnico y económico y el nivel de desarrollo del Miembro, el carácter específico del sector en el que se utilice la medida, y los riesgos que supondría el no cumplimiento⁵⁰⁵.

La propuesta de Japón⁵⁰⁶ sobre la prueba de necesidad señaló que en términos generales, a efecto que no se elaboren, adopten o apliquen medidas de aplicación general relacionadas con las reglamentaciones cubiertas por el art. VI:4, éstas “no sean preparadas, adoptadas o aplicadas con el objeto crear obstáculos innecesarios al comercio de servicios. A tal fin cada Miembro se asegurará de que dichas medidas no sean más gravosas de lo necesario para cumplir los objetivos de sus

⁵⁰³ Se he comentado que esta propuesta autorizaría explícitamente el sopesar y confrontar los efectos de las medidas de reglamentación nacional contra los objetivos de política perseguidos. Que en la práctica buscar el equilibrio de la restrictividad al comercio de una medida en relación a sus objetivos de política perseguidos podría seguramente requerir cuestionar el valor de ese objetivo, a pesar que la propuesta de la UE señala que no lo es. Señalan además que tal como se ve de los casos *CE – Amianto* y *Corea – Carne Vacuna*, la importancia de los objetivos se ha constituido de ser un factor de decisión en si o no una medida pasa la prueba de necesidad. Vid. KENNETT, M., NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Second Guessing National Policy Choices: Necessity, Proportionality and Balance in the WTO Services Negotiations" (paper presented at the World Trade Organization's 5th Ministerial Conference, August 2003).

⁵⁰⁴ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Informe de la reunión celebrada el 3 de julio 2001*, Doc. S/WPDR/M/12, 2001, *cit.*, párr. 52. En cuanto a la proporcionalidad, la representante reiteró que las entonces CE no pretendían establecer para el AGCS una prueba de proporcionalidad del tipo de la aplicada en las CE. Señaló que la expresión "no sean más gravosas de lo necesario" era en sí una forma de prueba de proporcionalidad. Este enfoque de la propuesta de la actual UE también ha sido resaltado por DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 241-242.

⁵⁰⁵ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Necesidad y transparencia de la reglamentación nacional*, Doc. S/WPDR/W/14, 2001, *cit.*, párr. 22.

⁵⁰⁶ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Japón, Proyecto de anexo sobre la reglamentación nacional*, Doc. JOB(03)/45/Rev.1, 2003, *cit.*, basado en el párrafo 2 de las Disciplinas de Contabilidad.

políticas nacionales”⁵⁰⁷. Esta propuesta es detallada y explícita para los diferentes tipos de reglamentaciones cubiertas por el art. VI:4.⁵⁰⁸ La propuesta de las disciplinas en su conjunto es que se adopte un Anexo que forme parte integrante del AGCS, cubre a los sectores donde se hayan realizado compromisos e integrado por disciplinas horizontales sin descartar que se elaboren disciplinas adicionales para sectores específicos. Tal como expresa Japón, partes fundamentales del Anexo que propone se han extraído de varias disposiciones de las Disciplinas de Contabilidad⁵⁰⁹. Respecto a los objetivos de política, adopta esta nueva terminología en vez de objetivos legítimos, los cuales no deben ser revisados por los órganos resolutorios. La indicación de que las disciplinas se aplican a las “medidas de aplicación general” podría interpretarse que cubre también a las medidas que están sujetas a listados de compromisos bajo el art. XVI y XVII, lo que implicaría salvo aclaración que tanto el aspecto de la administración como la regulación de la medida sería revisado en relación al art. VI:4⁵¹⁰. Esta posición de hacer una prueba parecida a la de las Disciplinas de contabilidad y adoptando la terminología de objetivos de política pública fue seguida por algunos PED Miembros en sus propuestas relacionadas con la prueba de necesidad⁵¹¹. Asimismo, a partir de esta propuesta otros Miembros, además de referirse a los “objetivos de política nacional” en general, consideraron que sería adecuado hacer una referencia adicional al objetivo de asegurar la calidad del servicio⁵¹².

La propuesta de Australia⁵¹³ sobre una PN sigue el modelo del art. 5.6 del Acuerdo MSF con bastante exactitud y no especialmente el del art. 2.2. del Acuerdo OTC y art. 5.6 del MSF⁵¹⁴, con

⁵⁰⁷ *Ibid.*, sección III, párr. 6. Basado en el párrafo 2 de las Disciplinas de Contabilidad. En los párrs. 15 y 18 la propuesta también contiene disposiciones específicas con requisitos de necesidad en relación a licencias, títulos de aptitud y normas técnicas.

⁵⁰⁸ Existe una disciplina no obligatoria o de menor grado que requiere la posible modificación o paralización de medidas existentes. Señala que “Cada Miembro examinará, en los sectores en los que se contraigan compromisos específicos, la posibilidad de modificar o dejar sin efecto medidas existentes de aplicación general relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y las normas técnicas, si las circunstancias u objetivos que dieron lugar a su adopción ya no existen o si las nuevas circunstancias u objetivos pueden atenderse de una manera menos restrictiva del comercio”; *ibid.*, párr. 6. Similar al párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, párr. 4.

⁵¹⁰ *Vid.* DELIMATIS, P., "Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come", *op. cit.*, p. 394.

⁵¹¹ Un grupo de PED señaló que “En relación a los principios generales de las disciplinas señalaron que cada Miembro se asegurará de que las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y las normas técnicas... ii) no sean más gravosas de lo necesario para realizar los objetivos de la política nacional”. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil, Colombia, Filipinas, Indonesia, el Perú y la República Dominicana, Elementos de un proyecto de disciplinas en materia de reglamentación nacional*, Doc. JOB(06)/34, 2006, *cit.*, párr. 3 d).

⁵¹² *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI - Propuesta de proyecto de texto*, Doc. JOB(06)/193, 2006, *cit.*, párr. 3.

⁵¹³ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación de Australia, Necesidad y Transparencia*, Doc. S/WPDR/W/8, 2000, *cit.*

respecto al objetivo legítimo, sugiere incluir una lista ilustrativa de objetivos, al igual que las Disciplinas de contabilidad⁵¹⁵. Un elemento importante de la propuesta es que la valoración de la medida alternativa razonablemente disponible se realizará teniendo en cuenta “su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga un objetivo de política legítimo y sea significativamente menos restrictiva del comercio”⁵¹⁶. Tal como se ha mencionado, estas consideraciones son especialmente relevantes para dar una especial consideración a las capacidades regulatorias de los Miembros de PED. Corea por su parte presentó una comunicación en la que proponía una prueba de necesidad también con elementos más específicos para determinar la necesidad, similar a la propuesta de Australia y al lenguaje del art. 5.6 del Acuerdo MSF, en tanto que se tomarán en cuenta la viabilidad económica y técnica⁵¹⁷. La propuesta de Suiza es parecida a la de Japón, incorpora expresamente el lenguaje del art. VI:4 en las disciplinas a manera de objetivo de las disciplinas y a fin de darle mayor aplicación en la interpretación⁵¹⁸ y luego agrega una PN específica, en ella se incorpora el criterio del Acuerdo OTC de valorar “el riesgo que conllevaría no cumplir con el objetivo deseado”⁵¹⁹.

⁵¹⁴ En este sentido *vid.* DELIMATIS, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *op. cit.*, p. 237. En la propuesta se reemplaza la referencia del art. 5.6 del MSF a que se consiga el “apropiado nivel de protección sanitaria y fitosanitaria” con la referencia al “objetivo legítimo de política” que es “*more adequate for the services context*”. Australia considera que el lenguaje del art. 5.6 del Acuerdo MSF es más relevante que el art. 2.2 del OTC porque los conceptos son más claros y más relevantes para el sector de los servicios.

⁵¹⁵ Objetivos tales como la protección del consumidor, la calidad del servicio, la competencia profesional, la integridad de la profesión y la eficacia y equidad de la administración. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación de Australia, Necesidad y Transparencia*, Doc. S/WPDR/W/8, 2000, *cit.*, párr. 5.

⁵¹⁶ La propuesta de base para elaborar una PN en las disciplinas es que “Una medida sólo entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando exista otra medida, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga un objetivo de política legítimo y sea significativamente menos restrictiva del comercio”. *Ibid.*, párr. 4.

⁵¹⁷ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación de la Republica de Corea, La prueba de Necesidad*, Doc. S/WPDR/W/9, 2000, *cit.*, párr. 19 y 20. Corea propone como disciplina sobre la prueba de necesidad: “Los Miembros se asegurarán de que estas medidas no restrinjan el comercio de servicios más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo de política general [especificado en ellas]. [A estos efectos,] se considera que una medida no restringe el comercio de servicios, más de lo necesario cuando no hay otra medida menos restrictiva razonablemente disponible teniendo en cuenta la viabilidad técnica y económica.”

⁵¹⁸ *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Elementos iniciales de las modalidades para las negociaciones relativas a las disciplinas sobre la reglamentación nacional*, Doc. JOB(05)/68, 2005, *cit.*, párr. 5.

⁵¹⁹ *Ibid.*, párr. 10, “Los Miembros convienen en que las medidas de aplicación general relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y las normas técnicas no deberán restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo de su política nacional, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Teniendo presente que nada impedirá que un Miembro ejerza los derechos que le confieren los artículos XIV y XIVbis, tales objetivos de política nacional son, entre otros, los siguientes: el acceso a los servicios esenciales; la calidad del servicio; la competencia profesional; y la integridad profesional. Las prescripciones se basarán en criterios objetivos y transparentes”.

En tanto que otros Miembros tanto desarrollados como PED no están de acuerdo con la inclusión de disciplinas que contengan una prueba de necesidad o criterios semejantes de examen de la medida y han señalado su oposición en las reuniones de negociaciones. La propuesta de algunos PMA como el grupo Africano, Caribeño y del Pacífico (ACP)⁵²⁰, señalaron esencialmente que la PN podría afectar (“*hamper*”) su flexibilidad regulatoria. Por su parte, la oposición de EEUU, Brasil y Canadá⁵²¹ a la PN es especialmente continuada desde el 2006. EEUU expresó formalmente su posición en su comunicación del 2006, señalando que: “No apoyamos ningún tipo de parámetro o criterio de necesidad que pueda aplicarse a las nuevas disciplinas de reglamentación nacional que se formulen. Sin embargo, compartimos la preocupación manifestada por muchos Miembros de que el derecho a reglamentar no debe utilizarse en la práctica para eludir las obligaciones comerciales. A este respecto, estamos dispuestos a considerar un texto no operativo en el preámbulo, que indique que el objetivo de los Miembros al elaborar nuevas disciplinas es establecer ese principio”⁵²². Esta posición fue consolidada mediante su comunicación conjunta del 2011, en ella Brasil, Canadá y los EEUU, rechazan la PN basándose primero en la importancia del derecho de los Miembros a regular conforme a sus objetivos de política nacional y en su preocupación en que la PN pueda tener el efecto de “menoscabar indebidamente ese derecho”⁵²³.

Una reclamación de estos Miembros es también que una PN respecto a medidas no discriminatorias no es justificable⁵²⁴, sin embargo los comunicantes parecen olvidar que la PN dentro de obligaciones positivas, como en el caso del acuerdo OTC y SPS, se ha aplicado en

⁵²⁰ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Grupo ACP - Principios favorables al desarrollo en las negociaciones relativas al párrafo 4 del artículo VI del AGCS*, Doc. JOB(06)/136, 2006, *cit.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Grupo ACP - Principios favorables al desarrollo en las negociaciones relativas al párrafo 4 del artículo VI del AGCS - Revisión*, Doc. JOB(06)/136/Rev.1, 2006, *cit.*

⁵²¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil y Filipinas - (sin título)*, Doc. JOB(06)/133, 2006, *cit.* y OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil y Filipinas - (sin título) - Addendum*, Doc. JOB(06)/133/Add.1, 2006, *cit.* En esta la propuesta revisada de mayo es cuando Brasil y Filipinas claramente modifican su posición respecto a la prueba de necesidad en relación a la propuesta presentada anteriormente en febrero, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Comunicación del Brasil, Colombia, Filipinas, Indonesia, el Perú y la República Dominicana, Elementos de un proyecto de disciplinas en materia de reglamentación nacional*, Doc. JOB(06)/34, 2006, *cit.* *Vid.* también OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Líneas generales de la posición de los Estados Unidos sobre un proyecto de texto consolidado en el marco del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional*, Doc. JOB(06)/223, 2006, *cit.*; OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Opiniones sobre la cuestión de la prueba de necesidad en las disciplinas relativas a la reglamentación nacional*, Doc. S/WPDR/W/44, 2011, *cit.*

⁵²² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Líneas generales de la posición de los Estados Unidos sobre un proyecto de texto consolidado en el marco del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional*, Doc. JOB(06)/223, 2006, *cit.*, párr. 3.

⁵²³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Opiniones sobre la cuestión de la prueba de necesidad en las disciplinas relativas a la reglamentación nacional*, Doc. S/WPDR/W/44, 2011, *cit.*, párr. 3.

⁵²⁴ *Ibid.*, párr. 4.

relación a las medidas nacionales que no son discriminatorias. Justamente el objetivo de este tipo de obligaciones como la del art. VI:4 es disciplinar aquellas medidas que son en principio neutras y que no violan las disposiciones del art. XVI sobre AM.

Otro argumento es la ausencia de una interpretación única del término “necesaria”, ya que ésta en el marco de la OMC ha variado en función del objeto y contexto, además que en todo caso la decisión de los órganos resolutorios podría tender a restringir las opciones en la política nacional⁵²⁵. Es cierto que la jurisprudencia no ha sido homogénea en los diferentes ámbitos y momentos, pero esto responde sin duda al avance de la jurisprudencia en la materia, por otro lado si bien se ha resaltado que la interpretación es específica a cada uno de los Acuerdos de la OMC⁵²⁶, existe un llamamiento (*EEUU – Juegos de Azar*) y tendencia a homogenizar estándares y criterios. Como parece que es el escenario general del examen de sopesar y contrastar en relación a la prueba de necesidad, que como se ha mencionado tiende a ser bastante flexible y tendiente a favorecer la autonomía en relación a los intereses y objetivos legítimos de los Miembros.

Finalmente, se vuelve a mencionar la discusión básica sobre la existencia o no de un “mandato para elaborar una PN” en el art. VI, ya que la lista de elementos del art. VI:4 establece únicamente los “fines” de las disciplinas⁵²⁷. Los proponentes parecen contender que estos fines se pueden obtener de diferente manera y no mediante una PN, sin embargo esta opinión estaría en conflicto con el análisis que se ha realizado en esta investigación, de donde se tiene que la PN estaría comprendida literalmente en el párrafo introductorio del art. VI y contextualmente en el segundo párrafo, al indicar como uno de los fines de las disciplinas que la reglamentaciones “no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio”.

Al mismo tiempo, los Miembros contrarios a una PN creen que simplemente no es necesaria en el contexto más amplio del objetivo del AGCS, ya que las disciplinas sobre transparencia y las procesales que figuran en el borrador de texto junto con las disciplinas ya existentes en el Acuerdo (sobre TN y sobre buena administración) son suficientes, señalan que “proporcionan a los Miembros todas las herramientas jurídicas que precisan para abordar las prácticas reglamentarias que consideren inapropiadas”. No obstante parecen dejar la puerta abierta para que otros Miembros propongan en el GTRN “algún tipo de criterio adicional” alternativo a la PN, para que se logren prácticas reglamentarias que puedan ser consideradas apropiadas⁵²⁸.

⁵²⁵ *Ibid.*, párr. 5.

⁵²⁶ En relación a esto, los proponentes señalan que no debería usarse como justificación la existencia de textos relativos a la PN en otros acuerdos como el OTC o SPS, con sus propios objetivos y contexto. Además, en el caso de estos acuerdos se podrían realizar pruebas “científicamente comprobadas” que sirven de paso para las normas relacionadas los productos abarcados por estos acuerdos. *Ibid.*, párr. 6.

⁵²⁷ *Ibid.*, párr. 7.

⁵²⁸ *Ibid.*, párr. 8.

En las negociaciones posteriores al borrador del 2009, en el que no aparece referencia alguna a la PN⁵²⁹, algunos Miembros propusieron agregar al texto nuevos párrafos referidos a una prueba de necesidad o alguna redacción equivalente con la prueba de pertinencia⁵³⁰. En este sentido, Suiza reforzó la idea para incorporar nuevamente la “prueba de necesidad” en el sentido que considera que es indispensable hacerlo⁵³¹. Sin embargo, al momento de paralizarse las negociaciones basadas en un texto para las disciplinas en el 2011 y en el proceso actual de negociaciones técnicas, sigue sin definirse si se incluirá o no una prueba de necesidad, pero parece improbable que el resultado al finalizar la RD incluya un acuerdo sobre una prueba de necesidad que se aplique de manera horizontal para todos los sectores de servicios⁵³². En el caso que los debates sobre las propuestas de una prueba de necesidad se reinicien, sería importante que los Miembros tomaran en cuenta las aproximaciones y sugerencias mencionadas en los párrafos de arriba. En tanto que el enfoque adoptado por los órganos resolutorios de la OMC sobre la prueba de necesidad tiende a ser favorable a una mayor autonomía regulatoria y a considerar al objetivo de la medida y los niveles de protección de los Miembros como punto de partida casi intocable para la valoración de la necesidad de la medida.

La propuesta alternativa de una PN incluida en el último borrador del presidente⁵³³, la cual según los términos del presidente del GTRN que elaboró la propuesta sería una solución

⁵²⁹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente, 2009, cit.*, párr. 3 del borrador del 2009 al que se llegó a acuerdo: “3. Los Miembros reconocen el derecho a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional, y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho, dada la asimetría existente en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones sobre servicios en los distintos países. No debería interpretarse que estas disciplinas prescriben o imponen enfoques normativos particulares o cualesquiera disposiciones normativas particulares en la reglamentación nacional.” Si bien una disciplina parecida ya parecía en el borrador del 2006, vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS - documento de trabajo refundido, Nota del Presidente, Doc. JOB(06)/225, 2006, cit.*, párr. 3 en p. 4.

⁵³⁰ Ver en el Capítulo Quinto el apartado III. A. 2. b).

⁵³¹ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Opiniones sobre la cuestión de la prueba de necesidad en las disciplinas relativas a la reglamentación nacional, Doc. S/WPDR/W/44, 2011, cit.*, párr. 8. No obstante, si los proponentes de la prueba de necesidad siguen creyendo en la necesidad de algún tipo de criterio adicional, podrían proponer para su examen otras alternativas que tengan en cuenta las preocupaciones que se han expuesto *supra*. Vid. WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 - Annotated Text, 2010, cit.*

⁵³² Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, cit.*, párr. 14.

⁵³³ Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente, 2009, cit.*

intermedia⁵³⁴, se ha expresado bajo la forma de una prueba de “restricción encubierta al comercio” (*disguised restriction*) y en una prueba de la “pertinencia” (*relevance test*)⁵³⁵.

Señala en el párrafo 2 sobre la finalidad de las disciplinas, una de las finalidades de las disciplinas sobre reglamentación nacional será que las medidas cubiertas “no constituyen restricciones encubiertas al comercio de servicios”, se ha dejado de lado de esta forma la referencia literal del art. VI:4 de que la medida no debe ser “más gravosa de lo necesario”, evitado así cualquier referencia indirecta a la “necesidad”⁵³⁶. Sin embargo, otras dos propuestas alternativas incluidas en el último informe incluirían una prueba de necesidad, ya que se repite lo previsto en el art. VI:4 b) y conforme a lo que está previsto en las disciplinas sobre contabilidad. Otra propuesta que propondría una PN señala que la finalidad de las disciplinas es facilitar el comercio de servicios asegurando que las medidas en cuestión “... no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios”⁵³⁷. En esta propuesta se reemplaza el término “restricciones encubiertas” por el de “obstáculos innecesarios”. Una última propuesta para la disciplina de la finalidad propone introducir literalmente el contenido del art. VI:4⁵³⁸.

Por otro lado, en las obligaciones generales del borrador de las disciplinas, en el art. 11 del más reciente borrador de las disciplinas de 2009, se establece el estándar básico que deben cumplir las medidas abarcadas por las disciplinas, señala que: “las medidas deben ser pertinentes para el suministro del servicio”, parece interpretarse que para que la medida pase la prueba de pertinencia, no es preciso que la medida, para ser “pertinente”, constituya la alternativa disponible menos restrictiva al comercio⁵³⁹, sin embargo está aún por determinarse su alcance y relación con la

⁵³⁴ Vid. GOVINDASAMY, P., "Domestic Regulations in Services: A chairman's perspective", *op. cit.*, p. 119-120.

⁵³⁵ DELIMATSIIS discute cómo estas dos pruebas incluidas en el borrador del presidente del 2009 para reemplazar a la PN pueden aún seguir siendo interpretados mediante consenso que están inherentemente asociados al principio de la PN en el marco de la OMC. Vid. DELIMATSIIS, P., "Concluding the WTO services negotiations on domestic regulation - hopes and fears", *op. cit.*, p. 667-668; DELIMATSIIS, P., DIEBOLD, N. F., MOLINUEVO, M. et al., "Developing Trade Rules for Services: A Case of Fragmented Coherence?", en COTTIER, T. Y DELIMATSIIS, P. (eds.), *The Prospects of International Trade Regulation. From Fragmentation to Coherence*, Cambridge University Press, 2011, pp. 245-283, p. 7-9; DELIMATSIIS, P., "Who's afraid of necessity? And why it matters?", *op. cit.*, p. 107-108.

⁵³⁶ Otras propuestas alternativas se ha reflejado también en el último informe de situación de las negociaciones, una primera alternativa sugiere que las medidas en cuestión, “...no constituyan restricciones encubiertas del comercio de servicios, *garantizando al mismo tiempo el derecho de los Miembros a reglamentar con el fin de realizar los objetivos de política general pública*” (cursivas añadidas). Este lenguaje se enfoca en la libertad reguladora, dejando abiertos cuáles son los objetivos de política pública. Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, p. 7.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 7.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁵³⁹ Ver la posición del Presidente en los debates realizados durante el 2010, WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, *Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 - Annotated Text*, 2010, *cit.*, párr. 97, p. 25.

prueba de necesidad. Por otro lado, también existe una propuesta alternativa al art. 11, la cual incluye una PN en las disposiciones generales⁵⁴⁰, la obligación propuesta es que las medidas “no restrinja al comercio más de lo necesario”⁵⁴¹.

El alcance del significado de los términos restricción encubierta y pertinencia respecto a las reglamentaciones nacionales deben ser aclarado. La jurisprudencia de la OMC no ha proporcionado hasta la fecha claridad sobre estos términos. Esto es indispensable a fin de entender el alcance real en la valoración de reglamentaciones nacionales de los PED que afectan al CIS y en las políticas regulatorias vinculadas.

⁵⁴⁰ Si bien no aparece en el borrador del 2009, esta propuesta está sobre la mesa en los debates del GTRN, tal como refleja el estudio de la situación del 2011, *vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente*, Doc. S/WPDR/W/45, 2011, *cit.*, párr. 11bis, p. 18.

⁵⁴¹ “11bis. Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las normas técnicas y las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio de servicios. A tal fin, los Miembros se asegurarán de que esas medidas no restrinjan el comercio más de lo necesario para cumplir objetivos específicos de la política nacional, incluido el de asegurar la calidad de un servicio.” *Ibid.*, párr. 11bis, p. 18.

5. Disposiciones sobre desarrollo

La dimensión del desarrollo ha estado presente como punto de partida de la creación de las nuevas disciplinas de reglamentación nacional y se ha plasmado a pedido de los Miembros desde los primeros borradores de las disciplinas hasta el borrador del 2009 y el texto reusado de borrador del 2011. Se ha plasmado en la parte introductoria de las disciplinas a manera de reconocimiento general de las particularidades y necesidad a los PED y en una disposición específica sobre el desarrollo en la parte operativa de las disciplinas. Esto estaría en correspondencia con el espíritu del AGCS, el cual es reconocido con un acuerdo que es de los más favorables al desarrollo de los Acuerdo de la OMC y el borrador toma en cuenta la dimensión del desarrollo del AGCS.

Sin embargo, a pesar de alcanzar una enfoque operacional, la preocupación de los PED y en particular de los PMA es que estas disposiciones en las disciplinas queden solamente en una manifestación buenas intenciones, carentes de compulsión legal, tal como parece ser el caso de varias de las disposiciones sobre flexibilidad, disciplinas más favorables y asistencia técnica que existen ya en el contexto más amplio del AGCS.

En la introducción del texto revisado del último borrador se hace hincapié a la especial necesidad de los PED de ejercer el derecho a regular o reglamentar, dada la asimetría existente en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones sobre servicios en los distintos países⁵⁴².

El texto reconoce los diferentes niveles de desarrollo económico de los Miembros al resaltar las asimetrías existentes en la regulación de los servicios en diferentes economías de los Miembros. Los Miembros reconocen “las dificultades a las que pueden enfrentarse los distintos países en desarrollo Miembros a la hora de aplicar las disciplinas sobre la reglamentación nacional”, en particular las dificultades relacionadas con el nivel de desarrollo, el tamaño de la economía y la capacidad reglamentaria e institucional⁵⁴³. Aún está en discusión si la consideración del “tamaño de la economía” se incluirá expresamente o no en el texto.

También señala que los Miembros reconocen las dificultades a las que pueden enfrentarse los proveedores de servicios, en particular los de los PED Miembros, para cumplir las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de licencias, las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y las normas técnicas de los demás Miembros.

En esta disposición está aún en discusión si se debe hacer la referencia específica a “países en desarrollo”, lo que implicaría una especial consideración a los exportadores de servicios de estos

⁵⁴² *Vid. Ibid.*, elementos del texto revisado, p. 9, párr. 3 en el que existe acuerdo ad referéndum.

⁵⁴³ *Ibid.*, elementos del texto revisado, p. 9, párr. 4. Este contenido refleja la propuesta de Australia y otros del 2006, sin embargo en la revisión se han dejado de lado términos más específicos sobre las necesidades de los PED como “finanzas y comercio”. *Vid. OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI - Propuesta de proyecto de texto*, Doc. JOB(06)/193, 2006, *cit.*, párr. 42.

países⁵⁴⁴. También están en discusión y no hay un acuerdo aún sobre si debe plantear una referencia específica a tomar particularmente en cuenta las dificultades específicas a que pueden enfrentarse los proveedores de servicios de los PMA Miembros.

Se concede un periodo de transición a los Miembros PED para aplicar las disciplinas. El CCS podrá extender el periodo de transición en caso de petición de Miembros de forma individual. Al evaluar la duración del periodo de transición, el CCS tomará en cuenta el nivel de desarrollo particular del Miembros, el tamaño de su economía y su capacidad regulatoria e institucional. La práctica actual de la OMC y el AGCS ha sido de contener tiempos de transición fijos, en este sentido esta es una innovación al TED. Generalmente los periodos de transición dentro del AGCS son de 5 años para PED y 8 años para los PMA.⁵⁴⁵

En todo caso, se deben buscar los medios prácticos para que se lleguen a cumplir los objetivos de estas previsiones de las disciplinas, que es desarrollar y fortalecer las capacidades institucionales y regulatorias de PED y PMA para regular el suministro de servicios e implementar las disciplinas contendidas en el texto.

El texto actual también contiene disciplinas sobre asistencia técnica y capacitación, en este caso se requiere a los PD y en lo posible a otros Miembros de dar asistencia técnica a PED y PMA a solicitud de ellos y sobre la base de términos y condiciones acordados mutuamente. La propuesta de los PMA y algunos PED, sin embargo, plateaba que no fuera necesaria la solicitud previa para que se configure la obligación de asistencia técnica, sino que esta fuera una obligación general no condicionada en las disciplinas.⁵⁴⁶

En el caso de los PMA, es improbable que se les incluya en la obligación de cumplir con las disciplinas. En el estado actual de las negociaciones y como parece preverse del texto final, los PMA están exonerados a su aplicación, el texto establece una llamamiento a aplicar estas disciplinas en la extensión que sea compatibles con su situación economía especial y sus necesidades de desarrollo, comerciales y financieras.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ Este fue el propósito original de la propuesta de Australia. *Vid.* OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, *Disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI - Propuesta de proyecto de texto*, Doc. JOB(06)/193, 2006, *cit.*, párr. 43.

⁵⁴⁵ *Vid.* GOVINDASAMY, P., "Domestic Regulations in Services: A chairman's perspective", *op. cit.*, p. 116.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 116.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 116.

CONCLUSIONES

PRIMERA

EL AVANCE DEL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS DE LOS PED EN EL CONTEXTO GLOBAL ES MUY SIGNIFICATIVO SI BIEN EL CRECIMIENTO DEBE SER MEJOR ENTENDIDO Y EVALUADO DESDE EL SENTIDO MÁS AMPLIO DE DESARROLLO HUMANO

La valoración general sobre la situación y evolución del comercio internacional de servicios (CIS) es que la importancia de los servicios en la economía y en el comercio internacional es cada vez más significativa y varía en los diferentes países a nivel mundial según sus particulares características tecnológicas, disposición de capital, recursos humanos, decisiones de política, entre otras. Surgen también diferencias en el aporte de los servicios, según los sectores y modos de transacción. La significancia de este crecimiento debe ser considerada entendiendo el crecimiento no solamente desde su vertiente económica sino bajo la óptica del desarrollo humano. Si bien este entendimiento no aparece explícitamente en el marco del AGCS, este enfoque es el que debe guiar la lectura de la situación y perspectivas del CIS y la interpretación de las normas internacionales que regulan el proceso de liberalización de los servicios.

SEGUNDA

LA POLÍTICA REGULATORIA Y GOBERNANZA REGULATORIA ENTENDIDOS COMO CONCEPTOS META-JURÍDICOS ORIENTAN LA COMPRESIÓN INTEGRAL DEL MARCO NORMATIVO SOBRE LAS REGULACIONES DOMESTICAS EN EL AGCS

La política regulatoria debe ser entendida en su sentido amplio como una herramienta para alcanzar las metas amplias de la sociedad, como el estado derecho o la cohesión social, mediante iniciativas para una mayor transparencia en la creación y aplicación de las facultades regulatorias. La agenda regulatoria en este sentido debe ocuparse de mejorar el marco regulador para lograr una regulación de calidad mediante un proceso integrado. La gobernanza regulatoria

ayuda a entender la relación entre regulación y liberalización del comercio en tanto constituye el punto de referencia para evaluar el “cómo” de la regulación mediante criterios de legitimidad y transparencia, es decir buscando una relación de calidad. El debate sobre la relación entre la liberalización del comercio de servicios y las políticas regulatorias se fundamenta en determinar el adecuado nivel de regulaciones y si se regula o no, y esta es la orientación de esta investigación. La cuestión no es solamente si se acepta una mayor limitación en la autonomía regulatoria sino es encontrar las formas de regulación para realizar una integración comercial que fomente el crecimiento y el desarrollo. En este sentido cabe recordar que la meta del AGCS es en todo caso una liberalización progresiva y no la desregulación de los servicios. Además, como se argumenta en esta investigación, tanto la liberalización negativa como la liberalización negativa más extensiva, en la que se buscan regulaciones domesticas basadas en principios de calidad y buena gobernanza, deben estar basadas en principios y disposiciones que tomen en cuenta las consideraciones sobre desarrollo de los PED.

TERCERA

EL DISEÑO Y CONTENIDO PARTICULAR DEL AGCS RESPONDE AL RETO DE REGULAR INTERNACIONALMENTE LAS REGULACIONES DOMÉSTICAS QUE CONSTITUYEN UNA IMPORTANTE BARRERA AL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS, SIN EMBARGO ESTO HA TRAÍDO COMO CONSECUENCIA INCOHERENCIAS NORMATIVAS IMPORTANTES

La estructura compleja del AGCS, con obligaciones que se aplican a diferentes niveles, tiene como efecto positivo un alcance y cobertura amplio, por ende su contenido también es flexible es en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones, sin embargo esto viene acompañado de importantes fallos. El AGCS distingue en su primera parte tres tipos de disposiciones que corresponden a las distintas formas de medidas que pueden restringir al Comercio Internacional de Servicios. Estas disciplinas son la disposición sobre Acceso al Mercado que se ocupa de restricciones de carácter cuantitativo, sean de carácter discriminatorio o no, la disposición sobre Trato Nacional que se ocupa de las medidas de carácter discriminatorias, es decir que modifican las condiciones de competencia a favor de los servicios o proveedores de servicios nacionales, y las disposiciones relacionadas con las reglamentaciones nacionales que se ocupan de medidas discriminatorias que no son de naturaleza cuantitativa. De esta forma, logra establecer las bases

para regular también aspectos de la regulación doméstica vinculada a los servicios atendiendo a que éstas constituyen restricciones importantes al comercio de servicios.

Esta estructura del AGCS responde al reto de regular internacionalmente algunos aspectos relacionados con la aplicación de las regulaciones domésticas, las cuales constituyen una importante barrera al CIS. Si bien el AGCS no contiene disciplinas fuertes respecto de regulaciones domésticas, resguarda el derecho a regular de los Miembros. El enfoque en sí mismo ha traído como consecuencia una falta de claridad en la delimitación de las disposiciones sobre trato nacional y reglamentación doméstica, así como la incorporación en el acuerdo de conceptos y estándares ambiguos e imprecisos en las disposiciones sobre reglamentación. Todo esto dificulta la aplicación coherente del Acuerdo y menoscaba el valor y la efectividad de los compromisos.

Los “servicios gubernamentales” se convierten en la excepción general de los sectores cubiertos y están excluidos del marco del AGCS, siempre y cuando se refieran a los servicios suministrados en el ejercicio de las facultades gubernamentales, esto implica “que no se suministren en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios. Estas condiciones son acumulativas y cabe la posibilidad de que los servicios sean suministrados por entidades que estén fuera de la estructura del gobierno, provistas del poder delegado para ello.

El derecho a regular plasmado en el Preámbulo del AGCS está limitado por la obligación que tienen los Miembros de cumplir con las obligaciones derivadas del texto del AGCS y de los compromisos específicos que realicen en el sector de los servicios. Es cierto también que por un lado el AGCS apunta hacia la progresiva liberalización de los servicios, mientras que del otro lado reconoce el derecho de los Miembros a regular para alcanzar los objetivos de política nacional. Este objetivo liberalizador no tendría, en principio, por qué ser contrario al principio de soberanía regulatoria, siempre que en el Sistema Multilateral se alcance el balance deseado entre las disciplinas liberalizadoras y la reglamentación nacional.

CUARTA

“EL AGCS “COMO MEDIO DE PROMOVER EL DESARROLLO DE LOS PED”,
ESTA AFIRMACIÓN DEL PREÁMBULO SE HA PLASMADO EN LA ARQUITECTURA
FLEXIBLE DEL AGCS Y EN DISPOSICIONES SOBRE TRATO ESPECIAL Y
DIFERENCIADO PARA LOS PED Y PMA, PERO EN LA PRÁCTICA EN LA MAYORÍA DE
LOS CASOS CARECEN DE LAS HERRAMIENTAS NECESARIAS PARA SU
IMPLEMENTACIÓN

El Preámbulo del AGCS así como varias de sus disposiciones reconocen las características y necesidades especiales de los PED, cabe resaltar el novedoso instrumento que permite aplicar la excepción del principio de trato de nación más favorecida, estableciendo la posibilidad de aplicar un tratamiento especial y diferenciado para los PMA y suele reconocerse su importancia en el proceso de liberalización del CIS que puede beneficiar a los PED. Por otra parte, una parte importante de la doctrina ha señalado sus preocupaciones respecto al régimen del AGCS en relación a los intereses de los PED, en particular respecto a su relación con la agenda del desarrollo de estos países y a la posibilidad que estas disposiciones limitan la política regulatoria doméstica más allá de lo requerido, limitando sus facultades de política pública.

Los PED y dentro de ellos los PMA reciben un especial reconocimiento de sus particularidades en el marco de la OMC. Existen algunas disposiciones que dan a los Miembros la posibilidad de tratar a estos países de manera más favorable que a otros Miembros, así como otras disposiciones más específicas que dan a los PED la opción de abstenerse del cumplimiento de ciertas obligaciones. Al conjunto de estas disposiciones se les conoce como "disposiciones sobre trato especial y diferenciado (TED)". En particular el art. IV busca un aumento de oportunidades para los PED en el CIS, en tanto reconoce la existencia de las asimetrías del desarrollo del sector de los servicios y la desventaja de los PED en comparación con los PD, asimismo reconoce la necesidad de tomar en cuenta a los PED en las negociaciones para la liberalización del comercio de servicios. En la práctica, el art. IV carece de un mecanismo que lo haga operativo, si bien se llama constantemente en el seno de la OMC al fortalecimiento y operacionalización de las disposiciones sobre TED en la OMC.

QUINTA

LA PRECISIÓN EN EL SIGNIFICADO Y ALCANCE DE PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL AGCS ES IMPRESCINDIBLE PARA DAR SEGURIDAD A LOS MIEMBROS Y EN PARTICULAR A LOS PED SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y EN PARTICULAR SOBRE LA NECESIDAD DE AJUSTAR SUS ESTRUCTURAS Y MEDIDAS REGULATORIAS

Desde la perspectiva de los PED el Trato de NMF en el AGCS es un instrumento particularmente importante, ya que pueden beneficiarse de acuerdos negociados entre otros países con mayores recursos económicos y administrativos. Si bien es cierto que existen desventajas en las negociaciones comerciales para los PED y en particular para los Miembros más pequeños, éstas no se derivan de un trato jurídicamente menos favorable.

La determinación de la existencia de una la violación del TN se enfrenta al problema de criterios son bastante amplios y poco claros. No se sabe exactamente el alcance de la discriminación *de facto* y las implicaciones de la similitud en los servicios. Esta falta de certeza sobre el significado preciso de la obligación de TN puede minar el objetivo del AGCS de crear seguridad jurídica para el CIS. Esto es especialmente cierto en relación a las necesidades de los PED, que requieren un criterio más uniforme que oriente una regulación nacional no discriminatoria, sin embargo, desde otro punto de vista los PED también podrían disponer de mayor margen para sus políticas y regulaciones domésticas.

Cabe destacar la flexibilidad que tienen los PMA para asumir compromisos específicos en general y en particular en relación a los compromisos adicionales. De conformidad con las modalidades para los PMA del 2003, estos posibles compromisos podrían implicar cambios regulatorios que pueden ir más allá de sus capacidades institucionales, administrativas y técnicas. Los PMA pueden realizar compromisos adicionales si lo desean, pero éstos han de ser compatibles con sus necesidades de desarrollo, de comercio y financieras, debidamente delimitadas.

SEXTA

LAS NORMAS Y PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO SE VINCULAN CON LAS DISPOSICIONES SOBRE REGLAMENTACIÓN NACIONAL MEDIANTE OBLIGACIONES DE INTEGRACIÓN NEGATIVA MÁS EXTENSIVA SEGÚN LA TAXONOMÍA QUE SE HA ELABORADO EN ESTAS INVESTIGACIONES. ESTÁN INTEGRADAS POR LAS LLAMADAS DISCIPLINAS SOBRE LA REGULACIÓN MENOS RESTRICTIVA AL COMERCIO Y LAS DISCIPLINAS SOBRE BUENA ADMINISTRACIÓN Y DEBIDO PROCESO

La taxonomía de los instrumentos de la liberalización elaborada se ha desarrollado partiendo de los criterios más generales a los más específicos, es decir se considera el tipo de integración, la disciplina formulada en el AGCS y la técnica utilizada, y finalmente se establece el grado de incidencia en la regulación nacional. Se distingue el grado de integración económica que conllevan las distintas disciplinas, ya que a mayor integración, mayor es el nivel incidencia en la creación y aplicación de las regulaciones nacionales.

En el marco de la OMC la categoría de obligaciones sobre la regulación menos restrictiva está integrada por diferentes pruebas de proporcionalidad, dentro de ellas la prueba de la necesidad de la medida (alternativa menos restrictiva). Estas pruebas se plasman en las diferentes disposiciones de los Acuerdos de la OMC tanto como obligaciones negativas como positivas. Si se presentan como requisitos para justificar una violación de los Acuerdos, son pruebas de necesidad con el carácter de excepción y por tanto obligaciones negativas. Si se presentan como pruebas de necesidad aplicables a todas las normas nacionales cubiertas y requieren que las medidas vinculadas a los Acuerdos no sean más restrictivas de lo necesario, se trataría de obligaciones con un carácter positivo. El impacto de estas obligaciones también llamadas de segunda generación es mayor que las de primera, ya que estas pruebas están dirigidas de manera específica a las medidas nacionales no discriminatorias, que son elementos clave del marco de regulación nacional. Las pruebas de necesidad o proporcionalidad, en general, no restringen o prohíben instrumentos regulatorios específicos o prescriben el uso de determinados instrumentos. No hay restricción en la capacidad de optar por un instrumento regulatorio u otro, sin embargo, algunas pruebas especifican que una medida no debe ser más restrictiva de lo necesario para conseguir una meta regulatoria en particular, pudiendo entonces restringir en mayor medida la autonomía regulatoria. Se parte de la premisa que las restricciones no benefician al CIS y por y por ello se requiere que cualquier restricción sea necesaria para la consecución de un objetivo legítimo. Las obligaciones de buena administración y debido

proceso forman parte del concepto de la buena gobernanza en su vertiente formal o administrativa, o dicho de otra manera, aquellos *principios de derecho administrativo* que han sido incorporados en el AGCS, en tanto que reconocen que la reglamentación nacional puede llegar a constituirse como la forma principal de restricción al CIS.

Estas disciplinas se plasman en el art. VI del AGCS a fin de resolver cuestiones de buena administración, debido proceso y mayor transparencia y a fin de asegurar el objetivo de una regulación de calidad. En este caso la búsqueda de una buena gobernanza regulatoria se realiza en consideración a los aspectos formales de la medida. Estas disciplinas son estudiadas en este capítulo como obligaciones formales de gobernanza regulatoria. Por otro lado, si bien es cierto que el AGCS no contiene disciplinas sobre el contenido material de regulación doméstica, en cambio el art. VI y en particular el art. VI:4 incluyen disciplinas que parecen contener formas más extensivas de integración negativa. Las cuales requieren a las regulaciones cierta base de racionalidad y/o justificación sobre la necesidad de la medida o de su carácter menos restrictivo. En el AGCS se ha recurrido así a la incorporación, aunque de forma limitada, de pruebas de proporcionalidad, en particular de la prueba de necesidad de las medidas sobre servicios. La cuestión en debate es cómo y en qué intensidad se incorporaron y deben en todo caso extenderse dichas disciplinas y pruebas en el marco del AGCS.

SÉPTIMA

LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y DEBIDO PROCESO EN EL CONTEXTO DEL AGCS: RAZONABILIDAD, OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD DE LA MEDIDA

El principio amplio del debido proceso, aplicado al ámbito del comercio internacional, se refiere a la administración de las normas y reglamentaciones. Los principios específicos de derecho administrativo relacionados con la buena administración y el debido proceso que están plasmado en el art. VI son el de razonabilidad objetividad e imparcialidad de la medida, considerados desde su perspectiva formal o procesal.

Respecto a la razonabilidad, es su perspectiva procesal la que se plasma en el art. VI, que se refiere a ciertos requisitos de imparcialidad en los procedimientos que llevan a la toma de decisión de la medida gubernamental. La razonabilidad contiene así dos conjuntos de requerimientos, los requisitos de transparencia y los requisitos de participación, donde el primero es frecuentemente instrumental al segundo. Los requisitos de transparencia se refieren a diversos requerimientos para hacer que las leyes, regulaciones y procedimientos relacionados

con el comercio sean claros y predecibles a todas las partes interesadas. Los requisitos de participación incluyen una serie de requerimientos tales como disposiciones sobre consultas e intercambio de información entre las partes; requerir a las partes hacer pública la información (publicación); disposiciones referidas a dar información a partir de una solicitud específica o responder a las preguntas de las partes; establecimiento de puntos de contacto; entre otras, también incluye procedimientos de notificación de nuevas medidas referidas al comercio y a la inversión. Finalmente, la transparencia también puede referirse a la obligación de hacer más claros los criterios usados para ejercer los poderes discrecionales de la administración.

El principio de objetividad tiene dos significados, el primero y más general implica el deber de evaluar la toma de una decisión basada en un criterio que sea concreto, no subjetivo y abierto a un acuerdo unánime. El significado más restringido de objetividad implica el requerimiento de que una decisión sea basada en un criterio predeterminado, dándoles a los actos gubernamentales más predictibilidad. En el marco de la OMC, este principio ha asumido especial importancia en las áreas en que a las autoridades públicas se les ha otorgado un margen más amplio de apreciaciones y mayor control sobre actividades específicas que afectan al comercio. En el marco de los servicios, el art. VI se refiere a este criterio de “administración objetiva” de la medida, dada la gran discrecionalidad que tienen en general las autoridades nacionales en este sector, el art. VI:4 establece el desarrollo de nuevas disciplinas que garanticen criterios de objetividad en el otorgamiento de licencias de servicios.

El principio de imparcialidad de las acciones administrativas es de gran importancia particular en el contexto global, la referencia a la imparcialidad se refiere al tratamiento dado por las autoridades gubernamentales a los individuos como tales, por lo que en el ámbito del comercio internacional se enfoca en el tratamiento acordado por las entidades de la administración a los actores económicos en cuestión y que ellos son los principales beneficiarios de las obligaciones sobre imparcialidad, y no se ocupa de ver si existe un trato discriminatorio a favor de las exportaciones de un determinado Miembro respecto del otro.

El art. X del GATT, referencia para la interpretación del art. VI del AGCS, introduce el principio de transparencia procesal que requiere a los Estados Miembros publicar las medidas de aplicación general que afectan al comercio internacional, así como a administrar dichas medidas de manera uniforme, imparcial y razonable; distinguiendo entre el proceso legislativo y el proceso decisorio. En concreto, el art. X del GATT constituye un ejemplo de cómo requisitos administrativos globales tienen implicancias significativas en el marco regulatorio nacional o en el derecho administrativo nacional y pone en evidencia una creciente relación recíproca entre el llamado derecho administrativo global, requisitos y normas que tienen un mayor impacto en los sistemas administrativos domésticos.

Estos requerimientos de derecho administrativo global, relacionados con la administración adecuada de la regulación y el debido proceso, que se plasman en el art VI del AGCS son de especial interés para los PED donde cuestiones como la equidad e independencia de la revisión judicial, la falta de transparencia en los procedimientos administrativos o la uniformidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas y decisiones administrativas suelen ser preocupaciones importantes en el sector de los servicios.

OCTAVA

LA PROPORCIONALIDAD EN EL CONTEXTO DEL AGCS: LA PRUEBA DE NECESIDAD

La proporcionalidad se ha definido en esta investigación, desde su concepción más elaborada, que comprende tres diferentes tipos de obligaciones, elementos o pruebas: la prueba de *suitability*, necesidad y proporcionalidad en *sensu stricto*. En el marco se han introducido en los Acuerdos varios elementos y criterios relacionados con este principio, plasmado generalmente en la llamada prueba de necesidad. Como se ha visto, las diferentes pruebas relacionadas con la proporcionalidad no tienen suficiente precisión tampoco en el contexto de la OMC, en tanto para algunos autores lo más relevante es que la facultad discrecional otorgada a los grupos especiales y al OA sería excesiva.

En el marco de esta investigación no se considera que exista en la OMC un principio de proporcionalidad *sensu stricto*. Sin embargo, sí se puede afirmar que existen pruebas de valoración de las regulaciones nacionales y que algunas de ellas son muy similares a varios de los elementos del principio de proporcionalidad en su concepción más elaborada. En todo caso, la prueba de racionalidad simple de medios-fines (*simple means-ends rationality test*) y la prueba de la necesidad o de la alternativa menos restrictiva al comercio (*necessity test* o *least trade restrictive measure*), sí se presentan en el contexto de la OMC. En conclusión, se considera que existe un principio de proporcionalidad en formación en el marco de la OMC, el cual es específico a este contexto normativo y el cual va adquiriendo cada vez más un contenido propio. De esta forma el principio de proporcionalidad se ha convertido es uno de los más fundamentales del sistema multilateral del comercio y, si bien no existe una referencia explícita al mismo en el derecho la OMC, la proporcionalidad en sentido amplio “inspira” a algunas de las “pruebas” a realizar en varios Acuerdo de la OMC.

El principio de proporcionalidad se expresa esencialmente en la llamada “prueba de necesidad”, cuyo objetivo principal es determinar si existe otra “medida menos restrictiva al comercio”, se requiere que sea la alternativa menos restrictiva disponible para alcanzar el objetivo de política deseado. Esto conlleva una investigación sobre si, entre los varios instrumentos regulatorios capaces de alcanzar el objetivo de política pública perseguido por el Miembro, el instrumento escogido (bajo revisión) es el menos restrictivo para el comercio, a fin de poder cumplir con el específico objetivo de política. Los órganos resolutorios valorarán si la medida alternativa está razonablemente disponible y es menos restrictiva al comercio, en tanto que con ella se pueda obtener el mismo objetivo legítimo que la medida en revisión. En esta valoración, ni el objetivo de política perseguido por el Miembro, ni el nivel de protección determinado por el Miembro se ponen en entredicho o son cuestionados.

NOVENA

EL ART. VI APUNTA A LIDIAR CON LAS RESTRICCIONES NO DISCRIMINATORIAS QUE TIENEN LA CAPACIDAD DE RESTRINGIR EL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS

Tales impedimentos tienen generalmente un carácter cualitativo y se ocultan dentro de las reglamentaciones nacionales no discriminatorias o en la administración de estas reglamentaciones. Estas reglamentaciones se pueden caracterizar, entre otros aspectos, por no ser compatibles con una buena gobernanza, por no ser equitativas, ser más restrictivas de lo necesario o excesivamente burocráticas, no transparentes, carentes de un debido proceso y ser administradas inadecuadamente. Las disposiciones del art. VI están conformadas por disciplinas de naturaleza procesal que constituyen parte de la llamada buena gobernanza formal. Son los arts. VI:1, VI:2, VI:3 y VI:6; y por otro lado, un conjunto de disposiciones que pueden denominarse de naturaleza sustantiva, que forman parte de la llamada gobernanza regulatoria sustantiva. Conformado por el art. VI:4, que constituye el mandato para el desarrollo de futuras disciplinas multilaterales sobre reglamentación nacional y el art. VI:5 que es el mecanismo provisional para la aplicación de los principales principios subyacentes de las futuras disciplinas. Esta diversidad en las distinciones del art. VI, junto con las particulares características de sus disposiciones, constituye una complejidad añadida a su análisis e interpretación. Estas disciplinas son relevantes para los PED en tanto que el derecho a regular en las prescripciones y procedimientos sobre licencias y títulos de aptitud y las normas técnicas

es un punto central y sensible en el resguardo de sus políticas nacionales, y se han mostrado reticentes a las limitaciones que podrían causar las disciplinas del art. VI.

DÉCIMA

ELEMENTOS PARA LA CREACIÓN DE UNA PRUEBA DE NECESIDAD EN EL MARCO DE LAS DISCIPLINAS DE REGLAMENTACIÓN NACIONAL QUE CONSIDERE FACTORES EN EL PROCESO DE EQUILIBRIO QUE TOMAN EN CUENTA LA NECESIDAD DE CREAR OBJETIVOS DE POLÍTICA DESEADOS

Basados en la jurisprudencia de la OMC, en esta investigación se han identificado algunos elementos que contendría esta prueba de necesidad en las nuevas disciplinas del art. VI:4 y se ha propuesto la inclusión de algunos factores específicos de valoración. En este sentido, una potencial prueba de la necesidad respecto a las regulaciones domésticas vinculadas con las prescripciones y procedimientos sobre de licencias, títulos de aptitud y normas técnicas, valora primero el objetivo legítimo de la medida. La “calidad del servicio” constituiría el principal objetivo, en relación al cual se puede valorar su restrictividad y la posibilidad de sustituirla o no por una medida alternativa. Es discutible que éste debería ser el único objetivo legítimo aceptado, dado el carácter positivo de los requerimientos señalados en el art. VI:4 y dado que sería coherente y menos restrictiva la inclusión de una lista abierta de objetivos legítimos.

En la comparación de la reglamentación doméstica en cuestión con la medida alternativa, se valora en general que la alternativa esté “razonablemente disponible”. Esto es que sea menos restrictiva al CI y que haga una contribución equivalente al objetivo legítimo, tomando en consideración el riesgo de no alcanzarlo. El requisito de que la medida alternativa esté “razonablemente disponible” en la prueba de necesidad del art. VI:4 debería incorporar la interpretación del OA en relación al art. XX del GATT y art. XIV del AGCS, en el sentido que la medida alternativa no cumpliría este requisito si es “solamente de naturaleza teórica” y por ende el demandado no es capaz de realizarla o si la medida impone una carga gravosa al Miembro, como costos excesivos o dificultades técnicas importantes.

En el contexto del art. 2.2. del Acuerdo OTC, el OA al valorar las medidas alternativas ha puesto especial énfasis en el requisito de la disponibilidad técnica y económica, una especificación similar en el contexto del art. VI:4 podría beneficiar a varios PED cuyas capacidades técnicas y económicas para la elaboración y aplicación de las regulaciones son en

muchos casos limitadas, también suele darse que las prescripciones y procedimientos no sean factibles de implementarse en algunos sectores de servicios por limitaciones técnicas.

En tanto que en el Acuerdo MSF, en el requisito de que exista otra medida razonablemente disponible, se requiere que considere la viabilidad técnica y económica de la misma para valorar la viabilidad real de la medida alternativa considerando las circunstancias específicas y la heterogeneidad de los Miembros. Esta especificidad se podría incorporar en la PN del art. VI:4, instituyéndose como uno de los requisitos de la alternativa menos restrictiva la viabilidad técnica y económica de la medida, también podrían añadirse otros requisitos específicos a ciertos sectores de servicios. Si bien este concreto requisito podría ser visto como una intromisión en la soberanía regulatoria de los Miembros, al ocuparse el examen de cuestiones de administración pública interna, podría mejor entenderse como una garantía para que prevalezca de ser posible la elección regulatoria del Miembro demandado.

Como se ha explicado en esta investigación, no existiría una prueba de proporcionalidad en *sensu stricto* en el análisis de la necesidad de las disposiciones de la OMC, lo que tampoco parece preverse del alcance del art. VI:4, por lo que la preocupación de los negociadores del GTRN en este sentido podría disminuir. Se debe tomar en cuenta que el análisis de “sopesar y confrontar” diferentes factores relacionados con la restrictividad de la medida se realiza en relación a la medida impugnada y en comparación con las posibles medidas alternativas, a fin de determinar si existe una medida alternativa menos restrictiva y que pueda a la vez cumplir con los objetivos de política específicos relacionados con la medida en cuestión. Por ende, la prueba contenida en el art. VI:4 no sería tampoco una que busque determinar un equilibrio entre los beneficios del libre comercio en relación a las cargas o limitaciones al comercio, sino que el análisis de equilibrio o “balance” o de “costos–beneficios” se realiza entre las posibles medidas limitantes al comercio y en relación a lo que se considera que es necesario para alcanzar la meta regulatoria. Se trataría de un mecanismo complejo para determinar si la medida bajo revisión es la razonablemente disponible menos restrictiva al comercio, para que el Miembro alcance su objetivo de política pública, con una revisión de los instrumentos escogidos para lograr un determinado objetivo y no del objetivo en sí mismo. Si bien los factores mencionados constituirían solamente elementos a tomarse en cuenta para determinar la existencia o no de una medida alternativa, sería conveniente que en la creación de una prueba de necesidad del art. VI:4 se aclare el proceso de sopesar y confrontar y el alcance de la prueba de necesidad en general.

UNDÉCIMA

HACIA UNAS NUEVAS DISCIPLINAS SOBRE REGLAMENTACIÓN NACIONAL DE SERVICIOS QUE CONTIENEN UNOS MÍNIMOS DE INTEGRACIÓN NEGATIVA MÁS EXTENSIVA Y REFLEJAN UN CONSENSO DE LOS MIEMBROS EN LA MAYORÍA DE LAS DISPOSICIONES

Deben terminarse ante de concluir la Ronda de Doha, el mandato de la declaración Ministerial de Hong Kong es que se obtengan resultados sobre las disciplinas al final de la Ronda, si bien el resultado puede ser diverso, pero se prevé que se alcancen disciplinas horizontales que se apliquen solamente a los sectores en los que los Miembros han realizado compromisos específicos.

El resultado previsible de las negociaciones sobre reglamentación nacional serán disciplinas horizontales débiles enfocadas en transparencia y prescripciones y procedimientos de buena gobernanza, que pueden dar luces del interés de los Miembros de avanzar hacia una integración negativa más extensiva en el contexto del AGCS, pero no hacia una integración positiva. Además esta mayor integración se refiere solamente a aquellas medidas de aplicación general relacionados con títulos de aptitud, licencias y normas técnicas. Para el resultado actual del borrador de las disciplinas, algunos temas que eran considerados prioritarios para algunos Miembros y para parte de la doctrina se han retirado del texto, pendientes de su reintroducción en caso de acuerdo, es especialmente relevante la cuestión de la prueba de necesidad.

Las negociaciones basadas en el texto de las disciplinas se suspendieron desde mediados del 2011, sin embargo se ha continuado debatiendo sobre aspectos técnicos relacionados con el art. VI:4. El análisis de estos temas técnicos refleja por un lado la inquietud de no paralizar por completo las negociaciones del GTRN y por otro lado el contenido de varios elementos de las disciplinas que están aún pendientes de llegarse a un acuerdo, sobre algunos de los cuales se han adelantado ciertos elementos de interpretación en esta investigación. Se ha hecho referencia al significado de “criterio objetivo”, el alcance de “políticas de servicio universal”, “medidas de aplicación general”, en relación a la transparencia cuál es el alcance de consultas previas o publicaciones previas de las reglamentaciones nacionales, qué se entiende por “derechos de licencia razonables”.

DUODÉCIMA

LAS PRIORIDADES E INTERESES DE LOS PED HAN QUEDADO MEDIANAMENTE RESGUARDADOS, PERO SE PREVÉ QUE EXISTAN DIFICULTADES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE VARIAS DE LAS DISCIPLINAS ESPECÍFICAS SOBRE DESARROLLO

El principal tema en debate entre los Miembros y especialmente relevante para los PED está relacionado con el derecho a regular dentro del territorio con el fin de alcanzar objetivos de política nacional y en concreto mantener las políticas relacionadas con las prestación de servicios universales. En el borrador del texto han quedado plasmadas disciplinas que reflejan estos intereses, en el apartado de las disposiciones generales y en diversas disposiciones de la parte operativa del texto. Sin embargo, la operatividad de estas disciplinas está aún por verse, el límite real de hasta donde abarcan y si restringen o no en exceso el derecho a regular de los Miembros debe determinarse a la vista de una concreta reglamentación y ser decidida mediante el establecimiento de los necesarios Grupos Especiales de ser el caso. Cabe recordar además que este derecho debe ser ejercido de una forma de "no discriminatoria", de conformidad a lo establecido en el AGCS.

En relación a los temas sobre desarrollo, los periodos de transición al que podrían acogerse los PED fueron una de las principales reclamaciones de los PED que no son PMA, parece la intención de los Miembros es que se establece este TED. Sin embargo, falta por determinarse varios aspectos tales como la posibilidad de individualizar los periodos, lo cual, si bien tiene lógica jurídica, puede ser difícil de implementar en la práctica, en todo caso parece que la intención de los Miembros es discutir este aspecto al finalizar las negociaciones. La situación de los PMA en las negociaciones del GTRN está en correspondencia con su participación en las negociaciones generales sobre servicios, en el sentido que están exentos de asumir compromisos específicos. En el caso de la aplicación de las nuevas disciplinas sobre reglamentación nacional, además de no exigírseles que apliquen las disciplinas, se propone que el resto de los Miembros procure asistencia técnica a los PMA en virtud de "términos mutuamente acordados". En relación a este último requerimiento se entiende que la asistencia técnica no se otorgaría de forma automática, sino que estaría supeditada a los términos del acuerdo específico que convengan los Miembros.

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS Y OBRAS COLECTIVAS

- ALESSANDRINI, D., *Developing countries and the multilateral trade regime: the failure and promise of the WTO's development mission*, Oxford; Portland, Or., Hart Pub., 2010.
- ALEXANDER, K. Y ANDENAS, M., *The World Trade Organization and trade in services*, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- ALLARS, M., *Introduction to Australian administrative law*, Sydney, Butterworths, 1990.
- ARCHON, F., GRAHAM, M. Y WEIL, D., *Full Disclosure: The Perils and Promise of Transparency*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2007.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, 3ra. ed., Madrid, Marcial Pons, 1993.
- ARROWSMITH, S. Y ANDERSON, R. D., *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011.
- ARROWSMITH, S., *Government procurement in the WTO*, Kluwer Law, 2003.
- ARUP, C., *The New World Trade Organization Agreements - Globalizing Law through Services and Intellectual Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- AUDRETSCH, D. Y KEILBACH, M., *Entrepreneurship and Economic Growth*, New York, Oxford University Press, 2006.
- AYALA ESPINO, J., *Economía del sector público mexicano*, Ed. Facultad de Economía-UNAM, México, 1999.
- BABU, R. R., *Remedies under the WTO legal system*, Leiden [Pays-Bas], Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- BALDWIN, R. Y CAVE, M., *Understanding regulation theory, strategy, and practice*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- BALDWIN, R., SCOTT, C. Y HOOD, C., "A Reader on Regulation", Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 536.
- BERG, S. V. Y TSCHIRHART, J., *Natural monopoly regulation: principles and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- BONBRIGHT, J. C., *Principles of public utility rates*, New York, Columbia University Press, 1961.
- BONGIOVANNI, G., SARTOR, G. Y VALENTINI, C., (eds.), *Reasonableness and Law* vol. 86, *Law and Philosophy Library Law*. London, Heidelberg, Springer, 2009.
- BREWER, S. Y R., S., *Administrative Law and Regulatory Policy - Problems, Text and Cases*, 3rd. ed., Boston, Little, Brown and Company, 1992.
- BREYER, S. Y STEWART, R., (eds.), *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*. 3rd ed. Boston, Little, Brown and Company, 1992.
- BREYER, S., *Regulation and its Reforms*, Massachusetts, Harvard University Press, 1983.
- BROWN, A. C., STERN, J., TENENBAUM, B. Y GENCER, D., *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*, Washington, D.C, World Bank, 2006.
- BROWN, L., (ed.), *Shorter Oxford English Dictionary*. 5th ed., vol. 2. Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BRYSON, J. R. Y DANIELS, P. W., *The handbook of service industries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007.
- BUSTAMANTE, J. E., *Desregulación: entre el derecho y la economía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- BUTTON, C., *The Power to Protect Trade, Health and Uncertainty in the WTO*, Studies in International Trade Law (Book 2), Hart, 2004.

- CATTANEO, O., ENGMAN, M., SÁEZ, S. Y STERN, R. M., (eds.), *International trade in services : new trends and opportunities for developing countries*. Washington, D.C., World Bank, 2010.
- CELLI JUNIOR, U., (ed.), *Comércio de serviços Na OMC: Liberalização, Condições e Desafios*. Curitiba, Juruá, 2009.
- CHANTAL, T. Y TRACHTMAN, J. P., *Developing Countries in the WTO Legal System*, New York, Oxford University Press, 2009.
- CHAYES, A. Y HANDLER CHAYES, A., *The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1998.
- CHOI, W.-M., 'Like products' in international trade law: towards a consistent GATT/WTO jurisprudence, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- CLARK, C., *The Conditions of Economic Progress*, London, McMillan, 1940.
- COASE, R. H. Y CONCOME Y BOREL, G. T., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Economía, Madrid, Alianza, 1994.
- CORRIENTE CORDOBA, J. A., *Valoración jurídica de los preámbulos de los Tratados Internacionales*, Pamplona, EUNSA, 1973.
- CRAIG, P. P., *Administrative law*, 5th ed., London, Sweet & Maxwell, 2003.
- CRAIG, P. P., *Administrative law*, Fourth edition. ed., London, Sweet & Maxwell, 1999.
- CRAIG, P. Y DE BÚRCA, G. I., *EU law: text, cases, and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- CREMONA, M., *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford University Press, 2011.
- DABBAH, M. M., *International and comparative competition law*, Cambridge; New York, Cambridge University Press.
- DANIELS, P. W., *Services Industries in the World*, IBG Studies in Geography Economy, Oxford, Blackwell, 1993.
- DAVEY J., W., *Non-discrimination in the World Trade Organization*, vol. 14, *The Pocket Books of the Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff, 2011.
- DAVEY, W. J., *Non-discrimination in the World Trade Organization: the rules and exceptions*, *Pocketbooks of the Hague Academy of International Law*, La Hague, Hague Academy of International Law, 2012.
- DAVIS, K. C., *Discretionary justice; a preliminary inquiry*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969.
- DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2002.
- DELIMATSI, P. "Necessity, Transparency and Regulatory Diversity in Trade in Services. An Analysis of Article VI of the GATS", PhD thesis, Université de Neuchâtel, 2006, pp. 429.
- DELIMATSI, P., *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, *International Economic Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- DÍAZ MIER, M. A., *Del GATT a la Organización Mundial del Comercio*, Madrid, Síntesis, 1996.
- DIEBOLD, N. F., *Non-Discrimination in International Trade in Services - 'Likeness' in WTO/GATS*, *Cambridge International Trade and Economic Law*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2010.
- ELLIS, E., *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999.
- EMILIOU, N., *The principle of proportionality in European law : a comparative study*, London; Cambridge, MA, Kluwer Law International, 1996.
- ESPARZA LEIBAR, I. "El Principio del proceso debido", Universidad Jaume I, 1994.

- FEKETEKUTY, G., *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for negotiations*, American Enterprise Institute Trade in Services Series, Cambridge, American Enterprise Institute, Ballinger, 1988.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A., *La Competencia*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho Internacional: Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional General*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2009.
- FINDLAY, C. Y WARREN, T., (eds.), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications, Studies on the Growth Economics of Asia*. London, New York, Routledge, 2000.
- FISHER, A. G. B., *The Clash of Progress and Security*, London, McMillan, 1935.
- FOSTER, C. D., *Privatisation, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*, Oxford, Blackwell, 1992.
- FRIEDMAN, T. L., *The world is Flat: A Brief History of Twenty-first Century*, 1st ed., New York, Farrar, Straus and Giroux, 2005.
- FUKUYAMA, F., *State-Building: governance and World Order in the 21st Century*, Ithaca, Cornell University Press, 2004.
- FULLER, L. L., *The Morality of Law*, 2nd ed., Yale University Press, 1969.
- FURSE, M., *Competition Law of the U.K. & EC*, London, Blackstone Press, 1999.
- GONZÁLEZ BLACH, F., *Fundamento de Análisis Económico de la Regulación*, Madrid, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1997.
- GOODE, W., *Dictionary of trade policy terms*, fourth ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- GRAHAM, C., *Regulating Public Utilities: A constitutional Approach*, Oxford, Hart, 2000.
- GUZMAN, A. T. Y PAUWELYN, J., *International trade law*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2009.
- HANDJISKI, B. Y ŠESTOVIV, L., *Barriers to Trade in Services in the CEFTA Region*, The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2011.
- HART, M., *A Trading Nation: Canadian Trade Policy from Colonialism to Globalization*, Vancouver, UBC Press, 2003.
- HARTRIDGE, D., TASHI, K. Y ODARDA, O., *Handbook of GATS Commitments: Trade in Services under the WTO*, Cameron May, 2003.
- HAYEK, A. F., *La fatal arrogancia. Los errores del Socialismo*, Madrid, Unión editorial, 1990.
- HOEKMAN, B., MATTOO, A. Y ENGLISH, P., *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington, DC, World Bank, 2002.
- HUFBAUER, G. C. Y SCHOTT, J., *Trading for Growth, The Next Round of Trade Negotiations*, vol. 11, *Policy Analyses in International Economics*, Washington, Institute for International Economics, 1987.
- JACKSON, J. H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., The MIT Press, 1997.
- JORDANA, J. Y LEVI-FAUR, D., (eds.), *The Politics of regulation institutions and regulatory reforms for the age of governance*, Centre on Regulation and Competition (CRC) Series on Competition, Northampton, Edward Elgar, 2004.
- KAUFMANN, D., KRAAY, A. Y ZOIDO-LOBATON, P., *Governance Matters*, Governance Matters, Washington, World Bank, 1999.
- KIRKPATRICK, C. Y PARKER, D., (eds.), *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?* Cheltenham, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2007.
- KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2003.

- KRUGMAN, P. Y OBSTFELD, M., *Economía Internacional. Teoría y Política*, 7a ed., Madrid, Pearson Addison-Wesley, 2006.
- KUZNETS, S., *Modern Economic Growth: Rate, Structure, and Spread*, vol. 7, *Studies in comparative economics*, New Haven, Yale University Press, 1966.
- LAMSDORFF-GALAGANE, V., *Teoría del Derecho*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1989.
- LASHERAS, M. A., *La regulación económica de los servicios públicos*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999.
- LEE, Y.-S., *Economic development through world trade: a developing world perspective*, Global Trade Law Series, Netherlands; Frederick, MD, Kluwer Law International, 2008.
- LEE, Y.-S., *Safeguard Measures in World Trade – The Legal Analysis*, 3rd ed., The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2014.
- LIM, A. H. Y DE MEESTER, B., (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014.
- LOWENFELD, A. F., *International economic law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- MACRORY, P. F. J. Y STEPHENSON, S., *Making trade in services supportive of development in commonwealth small and low-income countries*, Economic Paper No 93 in the Commonwealth Economic Paper Series, London, Commonwealth Secretariat, 2011.
- MAJONE, G., *Regulating Europe*, London, Routledge, 1996.
- MARCONINI, M., *Acordos Regionais e o Comércio de Serviços, Normativa Internacional e Interesse Brasileiro*, São Paulo, Aduaneira, 2003.
- MATTOO, A. Y CARZANIGA, A., (eds.), *Moving People to Deliver Services*, vol. 1, *Trade and Development*. Washington, World Bank, Oxford University Press, 2003.
- MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank and Oxford University Press, 2003.
- MATTOO, A., STERN, R. Y ZANINI, G., (eds.), *A Handbook of international trade in services*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- MAVROIDIS, P. C., BERMANN, G. A. Y WU, M., *The law of the World Trade Organization (WTO): documents, cases & analysis*, AMERICAN CASEBOOK SERIES, St. Paul, MN, West, 2010.
- MAVROIDIS, P. C., *The General Agreement on Tariffs and Trade: a commentary*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2005.
- MCGUIRE, G., *Trade in services - market access opportunities and the benefits of liberalization for developing economies*, Policy issues in international trade and commodities study series no. 19, Geneva, United Nations - UNCTAD, 2002.
- MICHALOPOULOS, C., *Developing countries in the WTO*, New York, Palgrave, 2001.
- MITCHELL, A. D., *Legal Principles in WTO Disputes*, New York, Cambridge University Press, 2008.
- MITNICK, B. M., *The Political Economy of Regulation*, New York, Columbia University Press, 1980.
- MORRONE, A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001.
- MÖRTH, U., (ed.), *Soft law in governance and regulation: an interdisciplinary analysis*. Massachusett, Edward Elgar Publishing, 2004.
- MUNIN, N., *Legal Guide to GATS*, The Netherlands, Kluwer, Law & Busines, 2010.
- MYINT, H., *The economics of the developing countries*, London, Melbourne, Hutchinson, 1980.
- NICOLAIDES, P., *Liberalizing Service Trade*, Chatham House papers, London, Routledge for Royal Institute of International, 1989.
- OGUS, A., *Regulation, Economics and the Law*, BLAUG, M., *The International Library of Critical Writings in Economics*, Cheltenham, Notrhampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2004.
- OGUS, A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

- OMC, *Guide to the GATS - An Overview of Issues for Further Liberalization of Trade in Services*, Boston M/A, WTO/Kluwer Law International, 2001.
- OMC, *Los Textos Jurídicos - Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales*, Ginebra, Organización Mundial del Comercio, 2010.
- ORTINO, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, Studies in international trade law, Oxford, Hart Publishing, 2004.
- PANIZZON, M., *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO: The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement*, Hart Publishing, 2006.
- PANIZZON, M., POHL, N. Y SAUVÉ, P., *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, World Trade Forum (World Trade Forum 2006), Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2008.
- PASCUAL Y VICENTE, J., *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*, Madrid, Civitas, 2002.
- PETERSMANN, E.-U., *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, 3 vols. University Press, 1991.
- POLASKI, S., *Winners and losers : impact of the Doha Round on developing countries*, Washington, DC, Carnegie Endowment for International Peace, 2006.
- PONCE SOLÉ, J., CHITI, E., GONZALES, A. Y MARCHETTI, B., *Derecho administrativo global: organización, procedimiento, control judicial*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2010.
- PORETTI, P., *The regulation of subsidies within the General Agreement on Trade in Services of the WTO: problems and prospects*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands; Frederick, MD, Kluwer Law International 2009.
- POSNER, R. A., *Economic Analysis of Law*, 4a ed., Boston, Little, Brown and Company, 1992.
- QURESHI, A. H., *Interpreting WTO agreements: problems and perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 248.
- RAMÍREZ HERNÁNDEZ, F. "La Política de Competencia y el Proceso de Regulación en México, 1993 - 1999", 2008.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971.
- RAWORTH, P. M., *Trade in services: global regulation and the impact on key service sectors*, New York, Oceana Publications, 2005.
- RAZ, J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 1979.
- REAGAN, M. D., *The Politics of Policy*, Boston, Toronto, Little, Brown and Company, 1987.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., 2001.
- RIDDLE, D. I., *Service-Led Growth: The Role of the Service Sector in World Development*, New York, Praeger, 1986.
- ROLLAND, S. E., *Development at the World Trade Organization*, Oxford, U.K., Oxford University Press, 2012.
- SAITO, K., *Yardsticks for "trade and environment": economic analysis of the WTO panel and the appellate body reports regarding environment-oriented trade measures*, Jean Monnet Paper 14/01, New York, NY, New York University School of Law, 2001.
- SARMIENTO GARCIA, J. H. Y GONZALEZ DE AGUIRRE, M., *Los servicios públicos. Regimen Juridico actual*, Buenos Aires, De Palma, 1994.
- SAUVÉ, P. Y STERN, R. M., (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*. Washington, DC, Brookings Institution Press, 2000.
- SAUVÉ, P., *Trade and investment rules: Latin American perspectives*, Serie comercio internacional, Santiago de Chile, CEPAL, Division of International Trade and Integration, 2006.
- SAUVÉ, P., *Trade rules behind borders: essays in services, investment and the new trade agenda*, London, Cameron May, 2003.
- SCHWARZE, J., *European administrative law*, London, Sweet & Maxwell, 1992.

- SEGURA SERRANO, A. "El interés general en el comercio internacional e intracomunitario de servicios", Tesis doctoral, Granada, 2001.
- SEGURA SERRANO, A., *El Interés General en el Comercio Internacional e Intracomunitario de Servicios*, Derecho Internacional Público, Madrid, Tecnos, 2003.
- SHAHID, Y. "Emergency safeguard; WTO and the feasibility of emergency safeguard measures under the general agreement on trade in services", PhD thesis, The London School of Economics and Political Science (LSE), 2012.
- SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 2nd ed., vol. 1 London, Strahan and T. Caddell, 1778.
- SNELL, J., *Goods and services in EC law: a study of the relationship between the freedoms*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2002.
- SRINIVASAN, T. N. Y TENDULKAR, S. D., *Reintegrating India with the World Economy*, Washington, DC, Institute for International Economics, 2003.
- STEPHENSON, S. M., (ed.), *Services Trade in the Western Hemisphere: Liberalization, Integration and Reform*. Washington, D.C, Brookings Institution Press and General Secretariat of the OAS, 2000.
- STEVENS, C. Y PHILIPS, L., *Creating Country Trade Negotiating Strategies: A Handbook*, London, Overseas Development Institute, 2007.
- STEWART, T. P., (ed.), *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986–1992), Vol. II: Commentary*. Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1993.
- STIGLITZ, J. E., *La economía del sector público*, Translated by ESPÁRIZ, M. E. R., 3 ed., Antoni Bosch, 2003.
- STIGLITZ, J. E., PARICIO, J., LÓPEZ CASASNOVAS, G. Y RABASCO ESPÁRIZ, M. E., *Economía*, Translated by ESPÁRIZ, M. E. R., Barcelona, Ariel, 1993.
- STOLL, P.-T. Y SCHORKOPF, F., *WTO - World Economic Order, World Trade Law*, MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Leiden, Netherland, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- SUSTEIN, S., *After the right Revolution - Conceiving the Regulatory State*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1990.
- SWEENEY, B. J., *The internationalisation of competition rules*, London; New York, Routledge, 2010.
- SZIRMAI, A., *The Dynamics of Socio-Economic Development: An Introduction*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- TAYLOR, M. D., *International competition law: a new dimension for the WTO?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- THATCHER, M., *Internationalisation and Economic Institutions: Comparing the European Experience*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- TOFFLER, A., *La tercera ola*, 2^{da} ed., Barcelona, Plaza y Janés, 1980.
- TRACHTMAN, J. P., *The international economic law revolution and the right to regulate*, London, Cameron May, 2006.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *The TI Source Book: Applying the Framework*, 1997.
- TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., *The Regulation of International Trade*, 3rd ed., London - New York, Routledge, 2005, pp. 759.
- TRIDIMAS, T., *The general principles of EU law*, Oxford [etc.], Oxford University Press, 2006.
- TUGORES, J., *Economía Internacional, globalización e integración regional*, 5^a ed., Madrid, McGraw Hill, 2002.
- VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

VERHOESEL, G., *National Treatment and WTO Dispute Settlement: Adjudicating the Boundaries of Regulatory Autonomy*, , 17, Oxford, Hart Publishing, 2002.

VON LIMBURG, L., *EU Services Markets - Barriers and Opportunities for ACP Exporters*, Eschborn, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, 2010.

WAHRENDORFF CALDAS, R., *Brazil in the Uruguay Round of the GATT, The Evolution of Brazil's Position in the Uruguay Round, with Emphasis on the Issue of Services*, Ashgate, 1998.

WHISH, R., *Competition Law*, 3ra ed., London, Butterworths, 1993.

WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C., *WTO - Trade in Services*, 6 vols. vol. 6, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 784.

ZDOUC, W. "Legal problems arising under the General Agreement on Trade in Services - Comparative Analysis of GATT and GATS", PhD Thesis, Sant Gallen, 2002, pp. 351.

CAPÍTULOS DE LIBROS

ABREU, M. P., "O Brasil na Rodada Uruguai do GATT: 1982-1993", en FONSECA JÚNIOR, G. Y NABUCO DE CASTRO, S. H. (eds.), *Temas de política externa brasileira II*, São Paulo, Paz e Terra, 1997.

ADLUNG, R. Y MATTOO, A., "The GATS", en MATTOO, A., STERN, R. Y ZANINI, G. (eds.), *Handbook of International Trade in Services*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 49-82.

ADLUNG, R., "Services Trade Liberalization from Developed and Developing Country Perspective (Chapter 5)", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization, Center for Business and Government*, Washington, DC, Brookings Institution Press, 2000.

ALLEN, J., "Towards a Post-industrial Economy?", en ALLEN, J. Y MASSEY, D. (eds.), *Restructuring Britain. The Economy in Question*, Londres, Open University/Sage, 1988.

ANATOLE, A., "Public Goods as Common stock", en ANATOLE, A., MILTONET, F. Y OTROS (eds.), *Not for Sale: in Defense of Public Goods*, Westview Press, 2000.

ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality and Balancing in WTO Law: A comparative Perspective", en ALEXANDER, K. Y ANDENAS, M. (eds.), *The World Trade Organization and trade in services*, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 147-171.

ANDERSON, R. D. Y ARROWSMITH, S., "The WTO Regime on government procurement: past, present and prospects", en ARROWSMITH, S. Y ANDERSON, R. D. (eds.), *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 3-58.

ARUP, C., "Services and Investment in the Free Trade Agreements: Liberalization, Regulation and Law", en BUCKLEY, R., LO, V. I. Y BOULLE, L. (eds.), *Challenges to Multilateral Trade: the Impact of Bilateral, Preferential and Regional Agreements*, Kluwer Law International, 2008, pp. 163-183.

ARUP, C., "The General Agreement on Trade in Services (Chapter 4)", *The New World Trade Organization Knowledge Agreements*, London, Cambridge, 2nd ed., 2008, pp. 165-226.

ARUP, C., "The General Agreement on Trade in Services (Chapter 4)", *The New World Trade Organization Agreements: Globalizing Law Thought Services and Intellectual Property*, London, Cambridge, 2000, 1st ed., pp. 95-143.

BEAULIEAU, E., "Trade in Services", en KERR, W. A. Y GAISFORD, J. D. (eds.), *Handbook on international trade policy* Cheltenham, Edward Elgar, 2007, pp. 150-162.

BERMANN, G. A., "Proportionality and Subsidiarity", en BARNARD, C. Y SCOTT, J. (eds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford, Hart, 2002, pp. 75-99.

BEVIGLIA ZAMPETTI, A., "Market Access through Mutual Recognition: The Promise and Limits of GATS art. VII", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization, Center for Business and Government*, Washington, DC, Brookings Institution Press, 2000, pp. 283-305.

- BHAGWATI, J. N., "International Trade in Services and its Relevance for Economic Development", *The Emerging Service Economy*, Pergamon Press, 1987, pp. 235-269.
- BIGDELI, S. Z. Y RECHSTEINER, S., "Article VIII GATS ", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 205-219.
- BOGNETTI, G., "Europäische Netze und öffentliche Versorgungsunternehmen", en COX, H. (ed.), *Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 1996.
- BOSWORTH, M., FINDLAY, C., TREWIN, R. Y WARREN, T., "BOSWORTH, M, FINDLAY, C y otros, Price-impact measures of impediments to services trade", en FINDLAY, C. Y WARREN, T. (eds.), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications*, London, New York, Routledge, 2000, pp. 42-51.
- BREYER, S., "Typical Justification for Regulation", en BALDWIN, R., SCOUT, C. Y HOOD, C. (eds.), *A Reader in Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 59-74.
- BUTKEVICIENE, J., "Movement of Natural Persons under GATS", en UNCTAD (ed.), *Positive Agenda and Future Trade Negotiations: Issues for future trade negotiations*, New York, Geneva, United Nations, 2000, pp. 193-203.
- CASSESE, S., "A Global Due Process of Law", en ANTHONY, G., AUBY, J. B., MORRISON, J. Y ZWART, T. (eds.), *Values in global administrative law*, Oxford, Hart, 2011, pp. 17-60.
- CHEN, Z. Y SCHEMBRI, L., "Measuring the Barriers to Trade in Services: Literature and Methodologies", en CURTIS, M. Y CIURIAK, D. (eds.), *Trade Policy Research 2002*, Government of Canada, Minister of Public Works and Government Services, 2002, pp. 219-286.
- CHRIST, B. Y PANIZZON, M., "Article XI GATS ", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO -Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 245-257.
- CIMINO, B., "Reasonableness, Impartiality, Objectiveness and Participation: The GATS Standards", en BATTINI, S., VESPERINI, G., CIMINO, B., FONDERICO, G., BENEDETTI, M., QUINTILI, S., MORETTINI, S., DE BELLIS, M., MORLINO, E. Y TONETTI, A. (eds.), *Global and European Constraints Upon National Right to Regulate: The Services Sector*, Roma, Università degli Studi della Tuscia - Facoltà di Scienze Politiche, 2008, pp. 10-39.
- COPELAND, B. R., "Benefits and Costs of Trade and Investment Liberalization in Services: Implications from Trade Theory", en CURTIS, M. Y CIURIAK, D. (eds.), *Trade Policy Research 2002*, Government of Canada, Minister of Public Works and Government Services, 2002, pp. 107-218.
- COPELAND, B. Y MATTOO, A., "The Basic Economics of Services Trade", en MATTOO, A., STERN, R. Y ZANINI, G. (eds.), *A Handbook of international trade in services*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 84-129.
- COSSY, M., "Some Thoughts in the concept of "likeness" in the GATS", en PANIZZÓN, M., POHL, N. Y SAUVÉ, P. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum (World Trade forum 2006)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 327-357.
- COTTIER, T. Y MOLINUEVO, M., "Article V GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 125-166.
- COTTIER, T., DELIMATISIS, P. Y DIEBOLD, N. F., "Article XIV GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 287-328.
- DE BANDT, J. Y DIBIAGGIO, L., "Informational Activities as Co-Production of Knowledge and Values", en GADREY, J. Y GALLOUJ, F. (eds.), *Productivity, Innovation and Knowledge in Services. New Economic and Socio-Economic Approaches*, Cheltenham, Edward Elgar, 2002, pp. 76-101.
- DE BELLIS, M. Y MORLINO, E., "Harmonisation and Mutual Recognition in the General Agreement on Trade in Services", en BATTINI, S. Y VESPERINI, G. (eds.), *Global and European Constraints Upon National Right to Regulate: The Services Sector*, Roma, Università degli Studi della Tuscia - Facoltà di Scienze Politiche, 2008, pp. 137-182.

- DE BELLIS, M., "A Duty to Provide Reasons: Definitive Safeguards Measures on Imports of Certain Steel Products", en CASSESE, S., CAROTTI, B., CASINI, L., MACCHIA, M., MACDONALD, E. Y SAVINO, M. (eds.), *Global Administrative Law: Cases, materials, issues*, 2008, pp. 81-85.
- DEARDORFF, A. V. Y STERN, R. M., "Empirical Analysis of Barriers to International Services Transactions and the Consequences of Liberalization", en MATTOO, A., STERN, R. Y ZANINI, G. (eds.), *A Handbook of international trade in services*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 167-219.
- DEARDORFF, A. V., "Comparative Advantage and International Trade and Investment in Services", en STERN, R. M. (ed.), *Trade and Investment in Services: Canada/US Perspectives*, Toronto, Ontario Economic Council, 1985, pp. 39-71.
- DEE, P. Y FINDLAY, C., "Services: A 'Deal-maker' in the Doha Round?", en BLONIGEN, B. A. (ed.), *Monitoring International Trade Policy: A New Agenda for Reviving the Doha Round*, London, Center for Economic Policy Research, 2007, pp. 57-77.
- DELIMATSI, P. Y MOLINUEVO, M., "Article XVI GATS ", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO -Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 367-395.
- DELIMATSI, P., "Article III GATS: Transparency", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law, WTO-Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 92-107.
- DELIMATSI, P., "Article XIX GATS: Progressive Liberalization", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO -Trade in Services , Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 427-444.
- DELIMATSI, P., "Towards a Horizontal Necessity Test for Services: Completing the GATS Article VI:4 Mandate", en PANIZZÓN, M., POHL, N. Y SAUVÉ, P. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum (World Trade Forum 2006)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 370-394.
- DELIMATSI, P., "Who's afraid of necessity? And why it matters?", en LIM, A. H. Y DE MEESTER, B. (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014, pp. 95-109.
- DELIMATSI, P., DIEBOLD, N. F., MOLINUEVO, M., PANIZZON, M. Y SAUVÉ, P., "Developing Trade Rules for Services: A Case of Fragmented Coherence?", en COTTIER, T. Y DELIMATSI, P. (eds.), *The Prospects of International Trade Regulation. From Fragmentation to Coherence*, Cambridge University Press, 2011, pp. 245-283.
- DELLA CANANEA, G., "Reasonableness in Administrative Law", en BONGIOVANNI, G., SARTOR, G. Y VALENTINI, C. (eds.), *Reasonableness and Law*, Heidelberg London, New York, Springer, 2009, pp. 295-310.
- DELTAS, G. Y EVENETT, S. J., "Quantitative Estimates of the Effects of Preference Policies", en HOEKMAN, B. M. Y MAVROIDIS, P. C. (eds.), *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor, MI, University of Michigan Press, 1997, pp. 73-89.
- EVENETT, S. J. Y HOEKMAN, B. M., "Government procurement of services: Assessing the case for multilateral disciplines", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. (eds.), *Services 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington DC, Brookings Institution, 2000, pp. 143-164.
- FEKETEKUTY, G., "A personal Interpretation of the debate an the task ahead", en OECD (ed.), *Regulatory reform in the global economy: Asian and Latin America perspectives*, Paris, OECD Publishing, 1998 - 141 1998, pp. 126-131.
- FEKETEKUTY, G., "Assessing and Improving the Architecture of GATS (Chapter 4)", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, Brookings Institution Press, 2000, pp. 85-111.
- FEKETEKUTY, G., "Regulatory Reform and Trade Liberalization in Services (Chapter 9)", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, Brookings Institution Press, 2000, pp. 225-240.

- FEKETEKUTY, G., "Trade in Services - Bringing Services into the Multilateral Trading System", en BHAGWATI, J. Y HIRSCH, M. (eds.), *The Uruguay Round and Beyond, Essays in Honour of Arthur Dunkel*, Heidelberg and New York, Springer, 1998, pp. 79-99.
- FERNÁNDEZ PONS, X., "Derecho internacional económico", en SÁNCHEZ, V. M., ABRIL STOFFELS, R., ARRUFAT CÁRDABA, A. D. Y OTROS (eds.), *Derecho internacional público*, Barcelona, Huygens Editorial, 2012, pp. 449-470.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., "Comercio internacional de servicios", *Sistema de Derecho económico internacional*, Madrid, Civitas, 2010.
- FINDLAY, C. Y STEPHENSON, S., "Services in Regional Trading Arrangements", en MACRORY, P. F. J., APPLETON, A. E. Y PLUMMER, M. G. (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer, 2005, pp. 293-312.
- FINDLAY, C., "Introduction to the regulation of services", en BANKS, G., FINDLAY, C., MESSERLIN, P., COGLAN, P. Y MATTOO, A. (eds.), *Achieving Better Regulation of Services*, Camberra, Australian National University, Productivity Commission and Australian National University, 2000, pp. 9-29.
- FINK, C. Y JANSE, M., "Services provisions in regional trade agreements: stumbling or building blocks for multilateral liberalization?", en BALDWIN, R. Y LOW, P. (eds.), *Multilateralizing regionalism*, Cambridge University Press, 2009.
- FINK, C., "Macroeconomic Perspective on China's Liberalization of Trade in Services", en GAO, H. Y LEWIS, D. (eds.), *China's Participation in the WTO*, London, Cameron May, 2005, pp. 161-180.
- FINK, C., "Preferential trade agreements in services: friends of foes of the multilateral trading system?", en MARCHETTI, J. A. Y ROY, M. (eds.), *Opening markets for trade in services: countries and sectors in bilateral and WTO negotiations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 113-148.
- FOOTER, M. E. Y GEORGE, C., "The General Agreement on Trade in Services", en MACRORY, P. F. J., APPLETON, A. E. Y PLUMMER, M. G. (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer, 2005, pp. 802-953.
- FORINA, C., "Les principes directeurs", en DAILLIER, P., DE LA PRADELLE, G. Y GHÉRARI, H. (eds.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, pp. 429-436.
- FRANCOIS, J., NELSON, D. Y PALMENTER, D., "Public Procurement in the United States: A Post-Uruguay Round Perspective", en HOEKMAN, B. Y MAVROIDIS, P. (eds.), *Law and Policy in Public Purchasing*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997, pp. 105-124.
- FRIED, J. T., "Keynote Speech: Trade, Regulations and Governance", en OECD (ed.), *Trade and Regulatory Reform, Insights from Country Experience, Industry, Services and Trade*, OECD, 2001, pp. 121-126.
- FUCHS, C., "GATS Negotiating History", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO - Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 1-16.
- GAMBERALE, C. Y MATTOO, A., "Domestic Regulations and Liberalization of Trade in Services", en HOEKMAN, B., MATTOO, A. Y ENGLISH, P. (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington, DC, World Bank, 2002.
- GAO, H., "Annex on Telecommunications", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO - Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 686-711.
- GAUTHIER, G., O'BRIEN, E. Y SPENCER, S., "Déjà Vu, or New Beginning for Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade?", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, DC, Brookings Institution Press, 2000, pp. 165-183.
- GIBBS, M. Y OGNITSEV, V., "International Trade", en UNITED NATIONS (ed.), *Beyond Conventional Wisdom in Development Policy, An Intellectual History of UNCTAD 1964-2004*, New York and Geneva, 2004, pp. 3-16.

- GILL, H., "The Uruguay Round: Perspectives from Latin America", en RIDDLE, D. (ed.), *Information, Economy and Development*, Bonn, Friedrich Ebert Stiftung, 1988, pp. 184-188.
- GIORDANO, P. Y FLOREZ, V., "Una evaluación del vínculo entre comercio y pobreza en América Latina", en BOUZAS, R. (ed.), *Después de Doha la agenda emergente del sistema de comercio internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 388-423.
- GOVINDASAMY, P., "Domestic Regulations in Services: A chairman's perspective", en LIM, C. L. Y LIANG, M. (eds.), *Economic Diplomacy*, Singapore, World Scientific Publishing 2011, pp. 103-122.
- GROTE, R., "Article IV GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO - Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 114-124.
- GROTE, R., "Article X GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO - Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 234-244.
- GROTE, R., "Article XII GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO - Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 259-271.
- HARLOW, C., "Public Services, Market Ideology, and Citizenship", en FREEDLAND, M. Y SCIARRA, S. (eds.), *Public Services and Citizenship in European Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- HESTERMEYER, H., "Preamble GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO - Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 17-29.
- HILF, M. Y GOETTSCHKE, G. J., "The relation of economic and non-economic principles in international law", en GRILLER, S. (ed.), *International economic governance and non-economic concerns*, Vienna, Springer, 2003, pp. 5-46.
- HINDLEY, B., "The Principles in Factor-related Trade in Services", en MESSERLIN, P. A. Y SUAVANT, K. P. (eds.), *The Uruguay Round Services in the World Economy*, Washington, New York, World Bank and United Nations Centre of Transnational Corporation, 1990, pp. 12-19.
- HODGE, J., "Liberalization of Trade in Services in Developing Countries", en HOEKMAN, B., MATTOO, A. Y ENGLISH, P. (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington, DC, World Bank, 2002, pp. 221-234.
- HOEKMAN, B. M. Y KOSTECKI, M. M., "The Political Economy of the World Trading System. The WTO and Beyond. Chapter 7: Trade in Services", New York, Oxford University Press, 2009, pp. 317-369.
- HOEKMAN, B. M. Y KOSTECKI, M. M., "The Political Economy of the World Trading System. The WTO and Beyond. Chapter 7: Trade in Services", New York, Oxford, 2005, pp. 317-369.
- HOEKMAN, B. M. Y KOSTECKI, M. M., "The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond. Chapter 2: The World Trade Organization", Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 57-83.
- HOEKMAN, B. M. Y KOSTECKI, M. M., "The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond. Chapter 10 Regional Integration", Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 346-369.
- HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services, economic development, and the Doha Round: exploiting the comparative advantage of the WTO", en LEE, D. Y WILKINSON, R. (eds.), *The WTO After Hong Kong: Progress in, and Prospects for, the Doha Development Agenda*, Taylor & Francis, 2007, pp. 73-94.
- HOEKMAN, B., "Assessing the General Agreement on Trade in Services", en MARTIN, W. Y WINTERS, A. (eds.), *The Uruguay Round and the Developing Economies*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 88-124.
- HOEKMAN, B., "The GATS and Developing Countries: Why Such Limited Traction?", en CHANTAL, T. Y TRACHTMAN, J. P. (eds.), *Developing Countries in the WTO Legal System*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 437-455.

- HOLMES, L. Y HARDIN, A., "Assessing barriers to services sector investment", en FINDLAY, C. Y WARREN, T. (eds.), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications*, London, New York, Routledge, 2000, pp. 52-70.
- IIDA, K. Y NIELSON, J., "Transparency in domestic regulation: practices and possibilities", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank y Oxford University Press, 2003, pp. 7-26.
- ILLERIS, S., "The nature of services", en BRYSON, J. R. Y DANIELS, P. W. (eds.), *The handbook of service industries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007, pp. 19-33.
- JARAMILLO, F., "Multilateral Negotiations on Trade in Services: Perspectives for the Future", en UN CENTRE ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS (ed.), *Services and Development: The Role of Foreign Direct Investment and Trade*, New York, United Nations, 1989, pp. 163-166.
- KANG, J.-S., "The Services Sector in output and in international trade", en FINDLAY, C. Y WARREN, T. (eds.), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications*, London, New York, Routledge, 2000, pp. 19-41.
- KARSENTY, G., "Assessing Trade in Services by Mode of Supply", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization, Center for Business and Government*, Washington, DC, Brookings Institution Press, 2000, pp. 33-56.
- KAUL, I., CONCEIÇÃO, P., LE GOULVEN, K. Y MENDOZA, R. U., "Why do Global Public Goods Matter Today?", en KAUL, I., CONCEIÇÃO, P., LE GOULVEN, K. Y MENDOZA, R. U. (eds.), *Providing Global Public Goods*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- KRAJEWSKI, M. Y ENGELKE, M., "Article XVII GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 396-420.
- KRAJEWSKI, M., "Article VI GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 165-196.
- KRAJEWSKI, M., "Article VII GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 197-204.
- KRAJEWSKI, M., "Article XVIII GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 421-.
- KRAJEWSKI, M., "Balancing legal certainty with regulatory flexibility", en AIK HOE LIM Y BART DE MEESTER (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014, pp. 79-94.
- KRAJEWSKI, M., "Recognition, Standardization and Harmonization: Which Rules for GATS in Times of Crisis?", en PANIZZON, M., POHL, N. Y SAUVÉ, P. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum (World Trade forum 2006)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 407-433.
- KULKARNI, P., "Emergency Safeguard Measures in GATS: Policy Options for South Asia", en CHIMNI, B. S., DAS, B. L., KELEGAMA, S. Y RAHMAN, M. (eds.), *South Asian yearbook of trade and development, 2006 - Multilateralism at cross-roads: reaffirming development priorities*, New Delhi, CENTAD and Wiley India, 2007, pp. 249-290.
- LANG, A., "GATS", en BETHLEHEM, D., MCRAE, D., NEUFELD, R. Y VAN DAMME, I. (eds.), *The Oxford Handbook on International Trade Law*, 2009.
- LANG, A., "Trade in services", *World trade law after neoliberalism: re-imagining the global economic order*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 273-312.
- LEEBRON, D. W., "Regulatory Discrimination In Domestic United States Law: A Model for the GATS?", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank y Oxford University Press, 2003, pp. 43-56.

- LIM, A. H. Y DE MEESTER, B., "Domestic regulation and services: the way ahead", en LIM, A. H. Y DE MEESTER, B. (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014, pp. 333-351.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. J., "Derecho Internacional Económico", en DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M. (ed.), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2007.
- LOW, P. Y MATTOO, A., "Is there a Better Way? Alternative Approaches to Liberalization under the GATS," en SAUVÉ, P. Y STERN, R. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, DC, Brookings Institution Press, 2000, pp. 449-472.
- MACMILLAN, F., "Trade in environmental services", en MACMILLAN, F. (ed.), *The WTO and the Environment*, Sweet e Maxwell, Thomson Company, 2001, pp. 187-222.
- MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "Developing Countries in the WTO Services Negotiations: Doing enough?", en BERMANN, G. A. Y MAVROIDIS, P. C. (eds.), *WTO Law and Developing Countries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 82-124.
- MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "I now recognize you (and only you) as equal - an anatomy of (mutual) recognition agreements in the GATS", en LIANOS, I. E. Y ODUDU, O. (eds.), *Regulating trade in services in the EU and the WTO: trust, distrust and economic integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 415-444.
- MARCHETTI, J. A. Y ROY, M., "Services liberalization in the WTO and in preferential trade agreements", en MARCHETTI, J. A. Y ROY, M. (eds.), *Opening markets for trade in services : countries and sectors in bilateral and WTO negotiations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 61-112.
- MARCONINI, M., "The Uruguay Round Negotiation on Services: An Overview", en MESSERLIN, P. A. Y SUAVANT, K. P. (eds.), *The Uruguay Round Services in the World Economy*, Washington, New York, World Bank and United Nations Centre of Transnational Corporation, 1990, pp. 19-26.
- MASHAYEKHI, M. Y TÜRK, E., "GATS negotiations on domestic regulation : a developing country perspective", en ALEXANDER, K. Y ANDENAS, M. (eds.), *The World Trade Organization and trade in services*, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 265-317.
- MATSUSHITA, M., "Some Thoughts on the Appellate Body", en MACRORY, P. F. J., APPLETON, A. E. Y. Y PLUMMER, M. G. (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer, 2005, pp. 1389-1403.
- MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T. J. Y MAVROIDIS, P. C., "Trade in Services (capítulo16)", *The World Trade Organization: law, practice, and policy*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T. J. Y MAVROIDIS, P. C., "Trade in Services (chapter 16)", *The World Trade Organization: law, practice, and policy*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 601-696.
- MATTOO, A. Y MAVROIDIS, P. C., "Trade, Environment and the WTO: The Dispute Settlement Practice Relating to Article XX of GATT", en PETERSMANN, E.-U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, London, Kluwer Law International, 1997, pp. 325-343.
- MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Key Issues", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank y Oxford University Press, 2003, pp. 1-6.
- MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Domestic Regulation and Trade in Services: Looking Ahead", en MATTOO, A. Y SAUVE, P. (eds.), *Domestic Regulation and Services Trade Liberalization*, Oxford University Press and World Bank 2003, pp. 221-230.
- MATTOO, A. Y SAUVÉ, P., "Regionalism in Services Trade", en MATTOO, A., STERN, R. Y ZANINI, G. (eds.), *A Handbook of international trade in services*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 221-286.
- MATTOO, A., "MFN and the GATS", en COTTIER, T. Y MAVROIDIS, P. C. (eds.), *Regulatory barriers and the principle of non-discrimination in world trade law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2000, pp. 51-100.

- MCGUIRE, G. Y SCHUELE, M., "Restrictiveness on International Trade in Banking Services", en FINDLAY, C. Y WARREN, T. (eds.), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications*, London, New York, Routledge, 2000.
- MESTMÄCKER, E.-J., "Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext: Ein Beitrag zur Funktion von Art. 89 Abs. 2 EGV", en RULAND, F., BARON V. MAYDELL, B. Y PAPIER, H.-J. (eds.), *Festschrift für Hans F. Zacher*, 1998, pp. 635 ss.
- MITCHELL, A. D. Y VOON, T., "Reasonableness, impartiality and objectivity", en LIM, A. H. Y DE MEESTER, B. (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014, pp. 65-78.
- MOLINUEVO, M., "Article XX GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 445-464.
- MÜLLER-GRAFF, P.-C., "Art. 30 - 36 EGV - Freier Warenverkehr", en VON DER GROEBEN, H., THIESING, J. Y EHLERMANN, C.-D. (eds.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag. Band I*, Baden-Baden, Nomos, 1997, pp. 602-846.
- MUÑOZ MACHADO, S., "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en MUÑOZ MACHADO, S. Y ESTEVE PARDO, J. (eds.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Madrid, Iustel, 2009.
- NARTOVA, O., "Article XXV GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 517-523.
- NEERGAARD, U., "Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast", en KRAJEWSKI, M., NEERGAARD, U. Y VAN DE GRONDEN, J. (eds.), *The Changing Legal Framework of Services of General Interest in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 17-50.
- NICOLAÏDIS, K. Y TRACHTMAN, J. P., "From Policed Regulation to Managed Recognition in GATS", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, DC., 2000, pp. 241-283.
- NOLL, R. G., "Telecommunications Reform in Developing Countries", en KRUEGER, A. O. (ed.), *Economic Policy Reform: The Second Wave, July 1999*, Chicago, University of Chicago Press, 2000.
- ORTINO, F., "From 'Non-Discrimination' to 'Reasonableness': A Paradigm Shift in International Economic Law?", en WOELK, J. (ed.), *Globalization, Technologies and Legal Revolution*, Bolzano, Nomos Verlagsgesellschaft, 2012, pp. 13-60.
- ORTINO, F., "GATT", en BETHLEHEM, D., MCRAE, D., NEUFELD, R. Y VAN DAMME, I. (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford University Press, 2009 pp. 129-156.
- ORTINO, F., "Regional Trade Agreement and Trade Services", en LESTER, S. Y MERCURINO, B. (eds.), *Bilateral and Regional Trade Agreements Commentary, Analysis and Case Studies*, Cambridge, CPU, 2007.
- PANIZZON, M. Y POHL, N., "Testing regulatory autonomy, disciplining trade relief and regulating variable peripheries: can a cosmopolitan GATS do it all?", en PANIZZON, M., POHL, N. Y SAUVÉ, P. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum (World Trade Forum 2006)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 3-19.
- PANIZZON, M., "How Human Rights Violations Nullify and Impair GATS Commitments", en PANIZZÓN, M., POHL, N. Y SAUVÉ, P. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum (World Trade Forum 2006)*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 534-560.
- PANNATIER, S. Y DUCREY, O., "Water Concessions and Protection of Foreign Investments", en WEISS, E., BOISSON DE CHAZOURNES, L. Y BERNASCONI-OSTERWALDER, N. (eds.), *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 289-302.

- PARIKH, A. Z. S., "An Indian Perspective of Legal Services under GATS", en R.K. DIXIT, C. J. (ed.), *Dynamics of International Law in the New Millennium*, New Delhi, Indian Society of International Law, 2004, pp. 284-301.
- PAUWELYN, J., "The unberable lightness of likeness", en PANIZZÓN, M., POHL, N. Y SAUVÉ, P. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum (World Trade Forum 2006)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 358-369.
- PETIT, P., "The political economy of services in tertiary economies", en BRYSON, J. R. Y DANIELS, P. W. (eds.), *The handbook of service industries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007.
- PIEROLA, F., "A safeguards regime for services", en PANIZZÓN, M., POHL, N. Y SAUVÉ, P. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum Cambridge*, Cambridge University Press, 2008, pp. 434-465.
- PORETTI, P., "Article XV GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO - Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 349-366.
- PORETTI, P., "Waiting for Godot: Subsidy disciplines in services trade", en PANIZZÓN, M., POHL, N. Y SAUVÉ, P. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum (World Trade forum 2006)*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 466-488.
- PRICHARD, J. R. Y TREBILCOCK, M., "Crown Corporations in Canada: The Choice of Instrument", en PRICHARD, J. R. (ed.), *Crown Corporations in Canada*, Butterworths, 1987.
- REID, E., "Squaring the circle for tomorrow's world: a comparative analysis of the EC and WTO approaches to balancing economic & non-economic interests in international trade", en TRIDIMAS, T. Y NEBBIA, P. (eds.), *European Union Law for the Twenty First Century: Rethinking the New Legal Order*, Oxford, Hart, 2004, pp. 303-320.
- REINA, J. V., "Services", en STEWART, T. P. (ed.), *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986–1992), Vol. II: Commentary*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1993, pp. 2346-2358.
- RESNICK, D., "Ver "Due process and procedural justice", en J. R. Pennock y J. W. Chapman: Due Process and Legal Philosophy, New York, 1977, p. 206.", en PENNOCK, J. R. Y CHAPMAN, J. W. (eds.), *Due Process*, New York, New York University Press, 1977, pp. 206 ss.
- REYNA, J. V., "Services", en STEWARD, T. P. (ed.), *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992)*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1993, pp. 2335-2661.
- REYNA, J. V., "Services", en STEWARD, T. P. (ed.), *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1994)*, Deventer, Kluwer Law International, 1999, pp. 775-828.
- RODRIK, D., "Thinking about governance", en ACEMOGLU, D., NORTH, D., RODRIK, D. Y FUKUYAMA, F. (eds.), *Governance, Growth, and Development Decision-Making*, Washington, DC, World Bank, 2008, pp. 17-24.
- SAUVANT, K., "The Tradability of Services", en MESSERLIN, P. A. Y SAUVANT, K. P. (eds.), *The Uruguay Round: Services in the World Economy*, Washington, New York, World Bank and United Nations Centre of Transnational Corporation, 1990, pp. 114-121.
- SAUVÉ, P., "Been there, not yet done that: lessons and challenges in services trade", en PANIZZÓN, M., POHL, N. Y SAUVÉ, P. (eds.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services, World Trade Forum 2006*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 599-631.
- SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Safeguards, Subsidies, and Government Procurement", en HOEKMAN, B., MATTOO, A. Y ENGLISH, P. (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington, DC, World Bank, 2002, pp. 326-335.
- SAUVÉ, P., "Services and the Doha Development Agenda", en DIJCK, P. V. Y FABER, G. (eds.), *Developing Countries and the Doha Development Agenda of the WTO*, London, Routledge, 2006, pp. 74.

- SCHWEITZER, H., "Services of General Economic Interest: European Law's Impact on the Role of Markets and of Members States", en CREMONA, M. (ed.), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford University Press, 2011, pp. 11-62.
- SEGURA SERRANO, A., "El comercio internacional de servicios", en HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. Y ROLDÁN BARBERO, J. C. (eds.), *Derecho internacional económico*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 143-162.
- SELF, R. J. Y ZUTSCHI, B. K., "Mode 4: Negotiating Challenges and Opportunities", en MATTOO, A. Y CARZANIGA, A. (eds.), *Moving People to Deliver Services*, Nueva York y Washington D.C., Oxford University Press y World Bank, 2003, pp. 27-58.
- SERRANO SANZ, J. M., "La regulación como instrumento de política económica", en GARCÍA DELGADO, J. L., PEDREÑO MUÑOZ, A. Y VELARDE FUERTES, J. (eds.), *Regulación y competencia de la economía española, IX Jornadas de Alicante sobre economía española*, Alicante, 1995, pp. 21-32.
- SNAPE, R. H., "The Principles in Trade in Services", en MESSERLIN, P. A. Y SUAVANT, K. P. (eds.), *The Uruguay Round Services in the World Economy*, Washington, New York, World Bank and United Nations Centre of Transnational Corporation, 1990, pp. 5 -11.
- STEPHENSON, S. M. Y PRIETO, F. J., "Regional Liberalization of Trade in Services: Experiences in the Americas", en HOEKMAN, B., MATTOO, A. Y ENGLISH, P. (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington DC., World Bank, 2002, pp. 336-346.
- STEPHENSON, S., "GATS and Regional Inegration," en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, Brookings Institution Press, 2000, pp. 283-306.
- STERN, R. M. Y HOECKMAN, B. M., "The services sector in economic structure and in international transactions", en CASTLE, L. Y FINDLAY, C. (eds.), *Pacific Trade in Services*, Sydney, Allen and Urwin, 1988, pp. 19-63.
- STERN, R. M., "Quantifying Barriers to Trade in Services", en HOEKMAN, B., MATTOO, A. Y ENGLISH, P. (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington, World Bank, 2002, pp. 247-258.
- SUAVANT, K. P., "The Tradability of Services", en P.A., M. Y P, S. K. (eds.), *The Uruguay Round Services in the World Economy*, Washington, New York, World Bank, United Nations Centre of Transnational Corporation, 1990, pp. 114-125.
- TORRENT MACAU, R., "Los Acuerdos preferenciales y la OMC: Una perspectiva política, legal e institucional", en BOUZAS, R. (ed.), *Después de Doha la agenda emergente del sistema de comercio internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 29-57.
- TORRENT MACAU, R., "Regional Integration Instruments and Dimensions: An Analytical Framework", en DEVLIN, R. Y ESTEVADEORDAL, A. (eds.), *Bridges for Development: Policies and Institutions for Trade and Integration*, Washington D. C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2003, pp. 119-136.
- TORRENT MACAU, R., "Una aproximacion a la anatomia del MERCOSUR real", en BERLINSKI, J., PIRES DE SOUSA, F., CHUDNOVSKI, D. Y LOPEZ, A. (eds.), *15 años de MERCOSUR: Comercio, macroeconomía e inversiones extranjeras*, Montevideo, Red de Investigaciones Económicas del MERCOSUR, 2006, pp. 9-78.
- TRACHTMAN, J. P., "Addressing regulatory divergence through international standards : financial services", en MATTO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic regulation and service trade liberalization*, Washington, D C, World Bank, 2003, pp. 27-41.
- TRACHTMAN, J. P., "International Trade as a Vector in Domestic Regulatory Reform: Discrimination, Cost-Benefit Analysis and Negotiation (Chapter 6)", en OECD (ed.), *Trade and Regulatory Reform, Insights from country experience, Industry, Services and Trade*, OECD, 2001, pp. 55-68.

- TRACHTMAN, J. P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation & Services Trade Liberalization*, Washington, DC, World Bank and Oxford University Press, 2003, pp. 57-81.
- TRACHTMAN, J. P., "Mutual recognition of services regulation at the WTO", en LIM, A. H. Y DE MEESTER, B. (eds.), *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, Cambridge University Press, 2014, pp. 110-125.
- TRACHTMAN, J. P., "Negotiations on Domestic Regulation and Trade in Services (GATS Art.VI). A legal Analysis of Selected Current Issues", en PETERSMANN, E.-U. (ed.), *Reforming the World Trading System*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2005, pp. 205-219.
- TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R., "Trade in Services (Chapter 12)", en TREBILCOCK, M. Y HOWSE, R. (eds.), *The Regulation of International Trade*, London - New York, Routledge, 2005, pp. 349-396.
- TROLLIET, C. Y HEGARTY, J., "Regulatory Reform and Trade Liberalization in Accountancy Services", en MATTOO, A. Y SAUVÉ, P. (eds.), *Domestic Regulation and Service Trade Liberalization.*, Washington, DC, World Bank y Oxford University Press, 2003, pp. 147-166.
- VON DEWITZ, W., "Services and the Uruguay Round: Issues Raised in Connection with Multilateral Action on Services: a Comment", en PETERSMANN, E. U. Y HILF, M. (eds.), *The new GATT Round of Multilateral Trade Negotiations : Legal and Economic Problems*, Deventer, Kluwer, 1987, pp. 475-479.
- WAINCYMER, J., "Implementation of the World Trade Organisation Agreement in Australia", en JACKSON, J. H. Y SYKES, A. O. (eds.), *Implementing the Uruguay Round*, Clarendon Press, 1997, pp. 285-332.
- WARREN, T. Y FINDLAY, C., "Measuring Impediments to Trade in Services", en SAUVÉ, P. Y STERN, R. M. (eds.), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2000, pp. 57-84.
- WINTERS, A., "The Economic Implications of Liberalizing Mode 4 Trade", en MATTOO, A. Y. Y CARZANIGA, A. (eds.), *Moving People to Deliver Services.*, Nueva York y Washington D.C, Oxford University Press y World Bank, 2003, pp. 59-92.
- WINTERS, A., "The Temporary Movement of Workers to Provide Services (GATS Mode 4)", en MATTOO, A., STERN, R. Y ZANINI, G. (eds.), *A Handbook of international trade in services*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 481-539.
- WINTERS, L. A., "Developing country proposals for the liberalization of movements of natural service suppliers", en PETERSMANN, E.-U. (ed.), *Reforming the World Trading System. Legitimacy, efficiency and democratic governance*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 146-165.
- WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "Domestic Regulation within the Framework of the GATS", en BYTTEBIER, K. Y VAN DER BORGHT, K. (eds.), *WTO Obligations and opprtunities challenges of Implementation*, London, Cameron May, 2007, pp. 25-84.
- WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "GATS and domestic regulation: Balancing the right to regulate and trade liberalization", en ALEXANDER, K. Y ANDENAS, M. (eds.), *The World Trade Organization and trade in services*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 207-263.
- ZACHARIAS, D., "Article I GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO - Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 31-70.
- ZACHARIAS, D., "Article XIII GATS", en WOLFRUM, R., STOLL, P.-T. Y FEINÄUGLE, C. (eds.), *WTO -Trade in Services, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 272-286.
- ZDOUC, W., "WTO Dispute Settlement Practice Relating to the General Agreement on Trade in Services", en ORTINO, F. Y PETERSMANN, E.-U. (eds.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Kluwer Law International, 2004, pp. 381-420.

ZLEPTNIG, S., "The GATS and Internet-based services: between market access and domestic regulation", en ALEXANDER, K. Y ANDENAS, M. (eds.), *The World Trade Organization and trade in services*, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 381-410.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

ABU-AKEEL, A. K., "The MFN as it Applies to Service Trade - New Problems for an Old Concept", *Journal of World Trade*, vol. 33, no. 4, 1999, pp. 103-129.

ADLUNG, R. Y CARZANIGA, A., "MFN Exemptions Under the General Agreement on Trade in Services: Grandfathers Striving for Immortality?", *Journal of International Economic Law*, vol. 12, no. 2, 2009, pp. 357-392.

ADLUNG, R. Y MAMDOUH, H., "How to Design Trade Agreements in Services: Top Down or Bottom-Up?", *Journal of World Trade Law*, vol. 48, no. 2, 2014, pp. 191-218.

ADLUNG, R. Y MOLINUEVO, M., "Bilateralism in Services Trade: Is There Fire Behind the (Bit-) Smoke?", *Journal of International Economic Law*, vol. 11, no. 2, 2008, pp. 365-409.

ADLUNG, R. Y MORRISON, P., "Less than the GATS: 'Negative preferences' in regional services agreements", *Journal of International Economic Law*, vol. 13, no. 4, 2010, pp. 1103-1143.

ADLUNG, R. Y ROY, M., "Turning hills into mountains? Current commitments under the GATS and prospects for change," *Journal of World Trade*, vol. 39, no. 6, 2005, pp. 1161-1194.

ADLUNG, R., "Liberalizing Trade in Services: From Marrakech to Seattle", *Intereconomics*, vol. 34, no. 5, 1999, pp. 211-222.

ADLUNG, R., "Negotiations on Safeguards and Subsidies in Services: a Never-ending Story?", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 2, 2007, pp. 235-265.

ADLUNG, R., "Public Services and the GATS", *Journal of International Economic Law*, vol. 9, no. 2, 2006, pp. 455-485.

ADLUNG, R., "Services Negotiations in the Doha Round: Lost in Flexibility?", *Journal of International Economic Law*, vol. 9, no. 4, 2006, pp. 865-893.

ALA'I, P., "From the Periphery to the Center? The Evolving WTO Jurisprudence on Transparency and Good Governance", *Journal of International Economic Law*, vol. 11, no. 4, 2008, pp. 779-802.

ALTINGER, L. Y ENDES, A., "The Scope and Depth of GATS Commitments", *The World Economy*, vol. 19, no. 3, 1996, pp. 307-332.

ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality and balancing in WTO law: a comparative perspective", *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 20, no. 1, 2007, pp. 71 - 92.

ANDENAS, M. Y ZLEPTNIG, S., "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", *Texas International Law Journal*, vol. 42, 2007, pp. 371-423.

ANÓN. "A GATT for Services". *The Economist*, 12 October 1985.

ARENA, A., "The GATS notion of public services as an instance of intergovernmental agnosticism: Comparative insights from EU supranational dialectic", *Journal of World Trade*, vol. 45, no. 3, 2011, pp. 489-528.

ARGANDONA, A., "Regulación y desregulación de los servicios", *Papeles de Economía Española, España: una economía de servicios*, vol. 42, 1990, pp. 218-237.

ARKELL, J., "The General Agreement on Trade in Services: A Review of its Textual Clarity and Consistency", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 27, 2002, pp. 337-348.

ARNOLD, J., MATTOO, A. Y NARCISO, G., "Services Inputs and Firm Productivity in Sub-Saharan Africa: Evidence from Firm Level Data", *Journal of African Economies*, vol. 17, no. 4, 2007, pp. 578-599.

ARNOLD, P. J., "Disciplining domestic regulation: the World Trade Organization and the market for professional services", *Accounting, Organizations and Society*, vol. 30, no. 4, 2005, pp. 299-330.

- ARROWSMITH, S., "Towards a multilateral agreement on transparency in government procurement", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, 1997, pp. 793-810.
- ARROWSMITH, S., "Transparency in Government Procurement: The Objectives of Regulation and the Boundaries of the WTO", *Journal of World Trade*, vol. 37, no. 283, 2003, pp. 283-303.
- AUDET, D., "Government procurement: A synthesis report", *OECD Journal on Budgeting*, vol. 2, no. 3, 2002, pp. 149-194.
- BARTELS, L., "The Legality of the EC Mutual Recognition Clause Under WTO Law", *Journal of International Economic Law*, vol. 8, no. 3, 2005, pp. 691-720.
- BAUMOL, W., "Macroeconomics of Unbalanced Growth", *American Economics Review*, vol. 57, 1967, pp. 415-426.
- BELL, D., "Notes on the Post-Industrial Society (I y II)", *Public Interest*, vol. 6 y 7, no. Winter y Spring, 1967, pp. 24-35 y 102-118.
- BERCERO, I. G. Y AMARASINHA, S. D., "Moving the Trade and Competition Debate Forward", *Journal of International Economic Law*, vol. 4, 2001, pp. 481-506.
- BERG, T. G., "Trade in Services: Toward a "Development Round" of GATT Negotiations Benefiting Both Developing and Industrialized States", *Harvard International Law Journal*, vol. 28, no. 1, 1987, pp. 1-30.
- BERMANN, G. A., "The Principle of Proportionality", *American Journal of Comparative Law Supplement*, vol. 26, 1977-1978, pp. 415-432.
- BHAGWATI, J. N., "Splintering and disembodiment of services and developing nations", *World Economy*, vol. 7, no. 2, 1984, pp. 133-144.
- BHAGWATI, J. N., "Trade in Services and the Multilateral Trade Negotiations", *World Bank Economic Review*, vol. 1, no. 4, 1987, pp. 549-569.
- BHAGWATI, J., PANAGARIYA, A. Y SRINIVASAN, T. N., "The Muddles over Outsourcing", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 18, no. 4, 2004, pp. 93-114.
- BOGNETTI, G. Y OBERMANN, G., "Liberalization and privatization of public utilities: origins of the debate, current issues and challenges for the future", *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 79, no. 3/4, 2008, pp. 461-485.
- BOUZAS, R. Y R. FFRENCH, D., "Globalización y políticas nacionales: ¿cerrando el círculo?", *Revista de Desarrollo Económico*, vol. 45, no. 179, 2005, pp. 323-348.
- BRADLEY, A. J., "Intellectual Property Rights, Investment, and Trade in Services in the Uruguay Round: Laying the Foundations", *Stanford Journal of International Law*, vol. 23, no. 1, 1987, pp. 57-98.
- BREWER, T. L. Y YOUNG, S., "Investment issues at the WTO: the architecture of rules and the settlement of disputes", *Journal of International Economic Law*, vol. 1, 1998, pp. 457-470.
- BROOKS, D. H., HASAN, R., JONG-WHA, L., SON, H. H. Y ZHUANG, J., "Closing development gaps: Challenges and policy options", *Asian Development Review*, vol. 27, no. 2, 2010, pp. 1-28.
- BULLINGER, M., "Französischer Service Public und deutsche Daseinsvorsorge", *Juristenzeitung*, vol. 59, 2003, pp. 597-604.
- CASSESE, S., "Global Standards for National Administrative Procedure", *Law & Contemporary Problems*, vol. 68, no. 111, 2005.
- CHANDA, R., "Mobility of Less-Skilled Workers under Bilateral Agreements: Lessons for the GATS", *Journal of World Trade*, vol. 43, no. 3, 2009, pp. 479-506.
- CHANDA, R., "Movement of Natural Persons and the GATS", *The World Economy*, vol. 24, 2001, pp. 631-654.
- CHANDA, R., "Social Services and The GATS: Key Issues and Concerns", *World Development*, vol. 31, no. 12, 2003, pp. 1997-2011.
- CHANG, P., KARSENTY, G., MATTOO, A. Y RICHTERING, J., "GATS, the modes of supply and statistics on trade in services", *Journal of World Trade*, vol. 33, no. 3, 1999, pp. 93-115.

- CHAN-TIBERGIEN, J., "Cultural Diversity as Resistance to Neoliberal Globalization: The Emergence of a Global Movement and Convention", *International Review of Education*, vol. 52, 2006, pp. 89-105.
- CHIMNI, B. S., "The World Trade Organization, Democracy and Development: A View From the South", *Journal of World Trade*, vol. 40, 2006, pp. 25-34.
- CLIFTON, J., COMIN, F. Y DIAZ-FUENTES, D., "Privatization in the European Union: Ideological, pragmatic, inevitable?", *Journal of European Public Policy*, vol. 13, no. 5, 2006, pp. 736-756.
- CLIFTON, J., DÍAZ-FUENTES, D., FERNÁNDEZ-GUTIÉRREZ, M. Y REVUELTA, J., "Los ciudadanos ante la regulación europea de servicios públicos: una evaluación del caso español", *CIRIEC-España: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, vol. 70, 2011, pp. 5-31.
- CLOGSTOUN, R., TREWIN, R. Y BOSWORT, M., "Would Emergency Safeguard Measures Work for Services?", *Asia Pacific Economic Literature*, vol. 20, no. 2, 2006, pp. 56-57.
- COHEN, R. "The World Trade Agreement: The Turning Point; A Call From Clinton, and Then a Deal". *The New York Times*, 16 December 1993.
- COHEN, T., "Domestic Policy and South Africa's Commitments Under the WTO's Basic Telecommunications Agreement: Explaining the Apparent Inertia", *Journal of International Economic Law*, vol. 4, 2001, pp. 725-754.
- COLIN, S., "Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors", *European Law Journal*, vol. 6, no. 4, 2000, pp. 310-325.
- CONDON, B. J., "China – Publicaciones y Productos Audiovisuales, Informe del Órgano de Apelación", *Revista de Derecho Económico Internacional*, vol. 1, no. 1, 2010, pp. 97-112.
- CORWIN, E. S., "The doctrine of due process of Law before the civil war", *Harvard Law Review*, vol. 24, 1911, pp. 366-385 & 460-479.
- DE BÚRCA, G., "The Principle of Proportionality and its Application in EC Law", *Yearbook of European Law*, vol. 31, no. 1, 1993, pp. 105-150.
- DELIMATSI, P. Y SAUVÉ, P., "Financial services trade after the crisis: Policy and legal conjectures", *Journal of International Economic Law*, vol. 13, no. 3, 2010, pp. 837-857.
- DELIMATSI, P., "Concluding the WTO services negotiations on domestic regulation - hopes and fears", *World Trade Review*, vol. 9, no. 4, 2010, pp. 643-673.
- DELIMATSI, P., "Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best is Yet to Come", *European Journal of International Law*, vol. 19, no. 2, 2008, pp. 365-408.
- DELIMATSI, P., "Don't Gamble with GATS - The Interaction between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the US - Gambling Case", *Journal of World Trade*, vol., no. 40, 2006, pp. 1059-1080.
- DELIMATSI, P., "Due Process and "Good" Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 1, 2007, pp. 13-50.
- DELIMATSI, P., "Protecting Public Morals in a Digital Age: Revisiting the WTO Rulings on US – Gambling and China – Publications and Audiovisual Products", *Journal of International Economic Law*, vol. 14, no. 2, 2011, pp. 1-37.
- DELLEPIANE-AVELLANEDA, S., "Review Article: Good Governance, Institutions and Economic Development: Beyond the Conventional Wisdom", *British Journal of Political Science*, vol., 2009, pp. 195-224.
- DESMEDT, A., "Proportionality in WTO Law", *Journal of International Economic Law*, vol. 4, no. 3, 2001, pp. 441-480.
- DJORDJEVIC, M., "Domestic regulation and free trade in services - A balancing act", *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 29, no. 3, 2002, pp. 305-322.
- DORNBUSCH, R., "The Case for Trade Liberalization in Developing Countries", *The Journal of Economic Perspective*, vol. 6, no. 1, 1992, pp. 69-85.

- DRAKE, W. J. Y NICOLAÏDIS, K., "Ideas, interests, and institutionalization: "trade in services" and the Uruguay Round", *International Organization*, vol. 46, 1992, pp. 37-100.
- EDUCATION, I. M. I. H., "Higher Education Management and Policy Volume 14 Issue 3 (Complete Edition)", *Higher Education Management and Policy*, vol. 14, 2002, pp. I-186.
- ELAHI, K. Q. I., "UNDP on good governance", *International Journal of Social Economics*, vol. 36, no. 12, 2009, pp. 1167-1180.
- ESCHENBACH, F. Y HOECKMAN, B., "Services policies in transition economies: on the EU and WTO as commitment mechanisms", *World Trade Review*, vol. 5, no. 03, 2006, pp. 415-443.
- ESTY, D. C., "Good governance at the supranational scale: Globalizing administrative law", *Yale Law Journal*, vol. 115, no. 7, 2006, pp. 1490-1562.
- ESTY, D. C., "Good Governance at the World Trade Organization: Building a Foundation of Administrative Law", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 3, 2007, pp. 509-527.
- EWING, A. F., "Why Freer Trade in Services is in the interest of Developing Countries", *Journal of World Trade Law*, vol. 19, no. 2, 1985, pp. 147-169.
- FERNÁNDEZ PONS, X., "Globalización económica, soberanía de los Estados y políticas sociales: funciones y retos del Derecho internacional público ante el "trilema" de la globalización", *Sociedad Global*, vol. 3, no. 1, 2009, pp. 43-84.
- FICKOVA, M., DAHMEN, N., FEHR, C. Y HIEMKE, C., "Quantitation of GABA transporter 3 (GAT3) mRNA in rat brain by competitive RT-PCR", *Brain Research Protocols*, vol. 4, 1999, pp. 341-350.
- FINGER, J. M., "Developing countries in the WTO system: Applying Robert Hudec's analysis to the Doha Round", *World Economy*, vol. 31, no. 7, 2008, pp. 887-904.
- FINK, C. Y MOLINUEVO, M., "East Asian Free Trade Agreements in Services: Key Architectural Elements", *Journal of International Economic Law*, vol. 11, no. 2, 2008, pp. 263-311.
- FOOTER, M. E., "The General Agreement on Trade in Services: Taking Stock and Moving Forward", *Legal, Economic and Political Analysis*, vol. 1, 2002, pp. 802-953.
- FOX, E. M., "The WTO's First Antitrust Case - Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition", *Journal of International Economic Law*, vol. 9, no. 2, 2006, pp. 271-292.
- FRANCOIS, J. Y HOECKMAN, B., "Services Trade and Policy", *Journal of Economic Literature*, vol. 48, no. 3, 2010, pp. 642-692.
- FRANCOIS, J. Y J., W., "Producer Services, Manufacturing Linkages and Trade", *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 8, no. 3, 2008, pp. 199-229.
- FRANCOIS, J. Y WOOTAN, I., "Trade in International Transport Services, The Role of Competition", *Review of International Economics*, vol. 9, no. 2, 2002, pp. 249-261.
- FRANCOIS, J. Y WOOTON, I., "Market structure, trade liberalization and the GATS", *European Journal of Political Economy*, vol. 17, 2001, pp. 389-402.
- FRANCOIS, J., "Trade in Nontradables: Proximity Requirements and the Pattern of Trade in Services", *Journal of Economic Integration*, vol., 1990, pp. 31-46.
- FREEDMAN, D., "Cultural policy-making in the free trade era: an evaluation of the impact of current world trade organisation negotiations on audio-visual industries", *International Journal of Cultural Policy*, vol. 9, 2003, pp. 285-298.
- GADREY, J., "The Characterisation of Goods and Services; An Alternative Approach", *The Review of income and wealth.*, vol. 46, no. 3, 2000, pp. 369-387.
- GIBBS, M. Y MASHAYEKHI, M., "Services: Cooperation for Development", *Journal of World Trade Law*, vol. 22, no. 2, 1988, pp. 81-107.
- GIBBS, M., "Continuing the International Debate on Services", *World Trade Law*, vol. 19, no. 3, 1985, pp. 199-218.
- GOOTIIZ, B. Y MATTOO, A., "Services in Doha: What's on the Table?", *Journal of World Trade*, vol. 43, no. 5, 2009, pp. 1013-1030.

- GREENWALD, B. Y STIGLITZ, J. E., "Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 101, no. 2, 1986, pp. 229-264.
- GRUBEL, H. G., "All Traded Services are Embodied in Materials or People", *The World Economy*, vol. 10, no. 3, 1987, pp. 319-330.
- HENDE, L. V. D., "GATS Article XVI and national regulatory sovereignty: what lessons to draw from US - Gambling?", *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 20, 2007, pp. 93-110.
- HENDERSON, A., GENTLE, L. Y BALL, E., "WTO principles and telecommunications in developing nations: challenges and consequences of accession", *Telecommunications Policy*, vol. 29, no. 2-3, 2005, pp. 205-221.
- HEPBURN, J., "The duty to give reasons for administrative decisions in international law", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 61, no. 03, 2012, pp. 641-663.
- HERRMANN, C., TERHECHTE, J. P. Y KRAJEWSKI, M., "Services Trade Liberalisation and Regulation: New Developments and Old Problems", *European Yearbook of International Economic Law*, vol. 1, 2010, pp. 153-178.
- HILF, M., "Power, rules and principles - which orientation for WTO/GATT law?", *Journal of International Economic Law*, vol. 4, no. 1, 2001, pp. 111-130.
- HILL, T. P., "On Goods and Services", *Review of Income and Wealth*, vol. 24, no. 4, 1977, pp. 317-318.
- HINDLEY, B., "Service Sector Protection. Consideration for Developing Countries", *World Bank Economic Review*, vol. 2, 1988, pp. 205-224.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., "Globalización y soberanía de los Estados", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 10, 2005.
- HIRSCH, S., "Services and Service Intensity in International Trade", *Weltwirtschaftliches Archiv*, vol., no. 125, 1989, pp. 45-60.
- HOAD, D., "Profile - GATS, Sustainable Tourism and the International Year of Ecotourism (IYE 2002)", *Environmental Politics*, vol. 11, 2002, pp. 159-164.
- HODGE, J. Y NORDAS, H. K., "Liberalization of trade in producer services : the impact on developing countries", *South African journal of economics*, vol. 69, no. 1, 2001, pp. 93-122.
- HODGE, J., "Liberalising Communications Services in South Africa", *Development Southern Africa*, vol. 17, no. 3, 2000, pp. 373-387.
- HOEKMAN, B. Y KARSENTY, G., "Economic Development and International Transactions in Services", *Development Policy Review*, vol. 10, 1992, pp. 211-236.
- HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services, Economic Development and the Next Round of Negotiations on Services", *Journal of International Development*, vol. 12, no. 2, March, 2000, pp. 283-296.
- HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", *Economics Review*, vol. 8, 1997, pp. 285-308.
- HOEKMAN, B., "Market Access Through Multilateral Agreement: From Goods to Services", *World Economy*, vol. 15, no. 6, 1992, pp. 707-728.
- HOEKMAN, B., "Using International Institutions to improve Public Performance", *World Bank Research Observer*, vol. 13, no. 2, 1998, pp. 249-269.
- HOEKMAN, B., MARTIN, W. Y MATTOO, A., "Conclude Doha: it matters!", *World Trade Review*, vol. 9, no. 03, 2010, pp. 505-530.
- HOEKMAN, B., MATTOO, A. Y SAPIR, A., "The political economy of services trade liberalization: a case for international regulatory cooperation?", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 23, no. 3, 2007, pp. 367-391.
- HORLICK, G. N. Y CLARKE, P. A., "WTO Subsidies Discipline During and after the Crisis", *Journal of International Economic Law*, vol. 13, no. 3, 2010, pp. 859-874.
- HOUBEN, I., "Public Service Obligations: Moral Counterbalance of Technical Liberalization Legislation", *European Review of Private Law*, vol. 16, no. 1, 2008, pp. 7-27.

- HOWD, A. G., RATTRAY, M. Y BUTT, A. M., "Expression of GABA transporter mRNAs in the developing and adult rat optic nerve", *Neuroscience Letters*, vol. 235, 1997, pp. 98-100.
- HOWSE, J., PRICHARD, R. S. Y TREBILCOCK, M. J., "Smaller or Smarter government", *University of Toronto Law Journal*, vol. 40, 1990, pp. 498-541.
- HOWSE, R. Y TÜRK, E., "The WTO negotiation on services: The regulatory state up for grabs", *Canada Watch*, vol. 9, no. 1-2, 2002, pp. 3-6.
- HUDEC, R. E., "GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test", *The International Lawyer*, vol. 32, no. 3, 1998, pp. 619-649.
- JANS, J. H., "Proportionality Revisited", *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 27, no. 3, 2000, pp. 239-266.
- JARA, A. Y DOMINGUEZ, M. D. C., "Liberalization of Trade in Services and Trade Negotiations", *Journal of World Trade*, vol. 40, no. 1, 2006, pp. 113-127.
- KAHN, A. E., "La economía de la desregulación 17 años después. Fundamentos y revisión", *CIRIEC-España: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, vol. Número Extraordinario, septiembre, 1990, pp. 23-80.
- KAPTERIAN, G., "A Critique of the WTO Jurisprudence on 'Necessity'", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, no. 01, 2010, pp. 89-127.
- KARMAKAR, S., "Disciplining Domestic Regulations under GATS and its Implications for Developing Countries: An Indian Case Study", *Journal of World Trade*, vol. 41, no. 1, 2007, pp. 127-158.
- KAUFMANN, C. Y WEBER, R. H., "The role of transparency in financial regulation", *Journal of International Economic Law*, vol. 13, no. 3, 2010, pp. 779-797.
- KENNY, C. Y KEREMANE, R., "Towards universal telephone access: Market progress and progress beyond the market", *Telecommunications Policy*, vol. 31, no. 3, 2007, pp. 155-163.
- KINGSBURY, B., KRISCH, N. Y STEWART, R. B., "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, no. 3 & 4, 2005, pp. 15-61.
- KIRKPATRICK, C. Y PARKER, D., "Domestic Regulation and the WTO: The Case of Water Services in Developing Countries", *The World Economy*, vol. 28, 2005, pp. 1491-1508.
- KRAJEWSKI, M., "Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law", *Journal of World Trade*, vol. 35 no. 1, 2001, pp. 167-186.
- KRAJEWSKI, M., "Playing by the Rules of the Game?", *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32, 2005, pp. 417-447.
- KRAJEWSKI, M., "Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework", *Journal of International Economic Law*, vol. 6, 2003, pp. 341-367.
- KRAJEWSKI, M., "Public services in bilateral free trade agreements of the EU", *SSRN Electronic Journal*, vol. 11, 2011, pp. 45.
- KRAJEWSKI, M., "Services Trade Liberalisation and Regulation: New Developments and Old Problems", *European Yearbook of International Economic Law*, vol. 1, 2010, pp. 153-178.
- KULKARNI, P., "Impact of the GATS on Basic Social Services Redux", *Journal of World Trade*, vol. 43, 2009, pp. 245-283.
- KURTZ, J., "The International Law on Foreign Investment by M. Sornarajah Cambridge University Press, 2nd edn 2004, pp. vii, 525", *World Trade Review*, vol. 4, no. 02, 2005, pp. 324-332.
- LANG, A. Y SCOTT, J., "The Hidden World of WTO Governance", *European Journal of International Law*, vol. 20, no. 3, 2009, pp. 575-614.
- LARSEN, K., MARTIN, J. P. Y MORRIS, R., "Trade in Educational Services: Trends and Emerging Issues", *The World Economy*, vol. 25, 2002, pp. 849-868.
- LAZAR, F., "Services and the GATT: US Motives and a Blueprint for Negotiations", *Journal of World Trade Law*, vol. 24, no. 1, 1990, pp. 135-145.

- LEJOUR, A. M. Y SMITH, P. M., "International Trade in Services—Editorial Introduction", *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 8, no. 3-4 2008, pp. 169-180.
- LEROUX, E. H., "Eleven Years of GATS Case Law: What Have We Learned?", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 4, 2007, pp. 749-793.
- LEROUX, E. H., "What is a “Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority” Under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services?", *Journal of World Trade*, vol. 40, no. 3, 2006, pp. 345-385.
- LLEWELLYN, K. N., "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about how Statutes are to be Construed", vol. 3, 1950, pp. 395-405.
- LLOYD, P., "When should new areas of rules be added to the WTO?", *World Trade Review*, vol. 4, no. 02, 2005, pp. 275-293.
- MACCORMICK, N., "Reasonableness and Objectivity", *Notre Dame Law Review*, vol. 74, no. 5, 1999, pp. 1575- 1603.
- MAJONE, G., "From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences on Modes of Governance", *Journal Of Public Policy*, vol. 17, 1997.
- MAJONE, G., "The rise of the Regulatory State in Europe", *West European Politics*, vol. 7, 1994, pp. 77-101.
- MALYSHEV, N. A., "Regulatory Policy: OECD Experience and Evidence", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, no. 2, 2006, pp. 274-299.
- MARCEAU, G. Y TRACHTMAN, J. P., "A map of the World Trade Organization law of domestic regulation of goods: The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade", *Weltwirtschaftliches Archiv*, vol. 48, no. 2, 2014, pp. 351-432.
- MARCEAU, G. Y TRACHTMAN, J. P., "The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade. A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods", *Journal of World Trade Law*, vol. 36, no. 5, 2002, pp. 811-881.
- MARCEAU, G., "The new TBT jurisprudence in US - Clove Cigarettes, WTO US - Tuna II, and US - COOL", *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 8, no. 1, 2013, pp. 1-39.
- MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)", *European Journal of International Law*, vol. 22, no. 3, 2011, pp. 689-721.
- MARCHETTI, J. A. Y MAVROIDIS, P. C., "What are the Main Challenges for the GATS Framework? Don't Talk About Revolution", *European Business Organization Law Review*, vol. 5, no. 3, 2004, pp. 511-562.
- MARTIN, W. Y MATTOO, A., "The Doha Development Agenda: What's on the table?", *Journal of International Trade and Economic Development*, vol. 19, no. 1, 2009, pp. 81-107.
- MATTOO, A. Y MISHRA, D., "Foreign Professionals in the United States: Regulatory Impediments to Trade", *Journal of International Economic Law*, vol. 12, no. 2, 2009, pp. 435 - 456.
- MATTOO, A., "Developing Countries in the New Round of GATS Negotiations: Towards a Pro-Active Role", *The World Economy*, vol. 23, 2000, pp. 471-489.
- MATTOO, A., "National Treatment in the GATS: Corner stone or Pandora's Box?", *Journal of World Trade*, vol. 31, no. 1, 1997, pp. 107-135.
- MATTOO, A., "Services in a Development Round: Three Goals and three Proposals", *Journal of World Trade*, vol. 39, 2005, pp. 1223-1238.
- MAVROIDIS, P. C., "Highway XVI re-visited: the road from non-discrimination to market access in GATS", *World Trade Review*, vol. 6, no. 01, 2007, pp. 1-23.
- MAVROIDIS, P. C., "Remedies in the WTO legal system: between a rock and a hard place", *European Journal of International Law*, vol. 11, no. 4, 2000, pp. 763-813.

- MCILWAIN, C. H., "Due process of law in Magna Carta", *Columbia Law Review*, vol. 14, 1914, pp. 27-51.
- MITCHELL, A. D. Y HENCKELS, C., "Variations on a Theme: Comparing the Concept of Necessity in International Investment Law and WTO Law", *Chicago Journal of International Law*, vol., no. 14, 2013, pp. 93-164.
- MITCHELL, A. D. Y SHEARGOLD, E., "Global Governance: The World Trade Organization's Contribution", *Alberta Law Review*, vol. 46 no. 4, 2009, pp. 1061-1080.
- MITCHELL, A. D., "Proportionality and Remedies", *The European Journal of International Law*, vol. 17, no. 5, 2007, pp. 985-1008.
- MITLIN, D., "GATS and water services: The implications for low-income households in the South", *Progress in Development Studies*, vol. 8, no. 1, 2008, pp. 31-44.
- MONTAGNON, P. Y DULLFORECE, W. "GATT Face Collapse Over Darn Aid Deadlock". *Financial Times*, 5 december 1990, p. 1.
- MUKERJI, A., "Developing Countries and the WTO", *Journal of World Trade*, vol. 34, no. 6, 2000, pp. 33-74.
- MUNIN, N., "The GATS: a legal perspective on crossroads of conflicting interests", *World Trade Review*, vol. 10, no. 03, 2011, pp. 325-342.
- NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea — Beef, EC — Asbestos and EC — Sardines", *Journal of World Trade*, vol. 37, no. 1, 2003, pp. 199-233.
- NEVEN, D. J. Y MAVROIDIS, P. C., "El mess in TELMEX: a comment on Mexico-measures affecting telecommunications services", *World Trade Review*, vol. 5, no. 02, 2006, pp. 271-296.
- NICOLAIDES, P., "The Usefulness of a Broad Perspective on Services: Comment on D. Nayyar's article 'Some Reflections on the Uruguay Round and Trade in Services'", *Journal of World Trade Law*, vol. 23, no. 4, 1989, pp. 65-67.
- ORTINO, F., "Comment: United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services", *World Trade Review*, vol. 7, no. 01, 2008, pp. 115-119.
- ORTINO, F., "From 'Non-Discrimination' to 'Reasonableness': A Paradigm Shift in International Economic Law?", *Aussenwirtschaft*, vol., 2005.
- ORTINO, F., "Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US - Gambling: A Critique", *Journal of International Economic Law*, vol. 9, no. 1, 2006, pp. 117-148.
- OSIRO, D. A., "GATT/WTO Necessity Analysis: Evolutionary Interpretation and its Impact on the Autonomy of Domestic Regulation", *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 29, no. 2, 2002, pp. 123-141.
- OSMANI, S. R., "Poverty and Human Rights: Building on the Capability Approach", *Journal of Human Development and Capabilities*, vol. 6, no. 2, 2005, pp. 205-219.
- OSTRY, S., "China and the WTO: The Transparency Issue", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 3, no. 1, 1998, pp. 2-3.
- PANAGARIYA, A., "Developing Countries at Doha: A Political Economy Analysis", *The World Economy*, vol. 25, 2002, pp. 1205-1233.
- PAUWELYN, J., "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules - Toward a More Collective Approach", *American Journal of International Law*, vol. 94, no. 2, 2000, pp. 335-347.
- PAUWELYN, J., "Rien ne va plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS", *World Trade Review*, vol. 4, no. 2, 2005, pp. 131-170.
- PELKMANS, J., "The Internal Services Market: Between Economics and Political Economy", *EIPAScope*, vol. 2, 2007, pp. 9-16.
- PENG, S.-Y., "Multilateral Disciplines on Services Procurement: Architectural Challenges Under GATS", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 7, no. 6, 2006, pp. 975-996.

PETERSMANN, E.-U., "From 'Negative' to 'Positive' Integration in the WTO: Time for Mainstreaming Human Rights into WTO Law", *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 1363-1382.

PETERSMANN, E.-U., "Violation-Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law", *German Yearbook of International Law*, vol. 34, 1991, pp. 175-229.

POU SERRADEL, V., "La Comisión y las Nuevas Políticas para el Sector Servicios", *Información Comercial Española*, vol. 831, no. Julio-Agosto, 2006, pp. 219-237.

PRIMO BRAGA, C. A., "The Impact of the Internationalization of Services on Developing Countries", *Finance & Development*, vol., no. March, 1996, pp. 34-37.

QURESHI, A. H., "Interpreting WTO agreements for the Development Objective", *Journal of World Trade Law*, vol. 37, no. 5, 2003, pp. 847-882.

RADAELLI, C. M., "Whither better regulation for the Lisbon agenda?", *Journal of European Public Policy*, vol. 14, no. 2, 2007, pp. 190-207.

RAI, S., "Most Favoured Nation Treatment under the General Agreement on Trade in Services", *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 4, no. 2, 2007, pp. 59 - 87.

RANDHAWA, P. S., "Punta del Este and Alfer: Negotiations on Trade in Services and the Uruguay Round", *Journal of World Trade Law*, vol. 21, no. 4, 1987, pp. 163-171.

REGAN, D. H., "The meaning of "necessary" in GATT Article XX and GATS Article XIV: the myth of cost-benefit balancing", *World Trade Review*, vol. 6, no. 3, 2007, pp. 347-369.

ROSEMAN, D., "Economic impact of trade and investment liberalization in the telecommunications sector", *The journal of world investment; vol. 3, afl. 6, pag. 943-980 / 2002*, vol., 2002.

ROSEMAN, D., "The WTO and telecommunications services in China: three years on", *Info - The journal of policy, regulation and strategy for telecommunications*, vol. 7, 2005, pp. 25-48.

ROY, M., MARCHETTI, J. Y LIM, H., "Services liberalization in the new generation of preferential trade agreements (PTAs): how much further than the GATS?", *World Trade Review*, vol. 6, no. 2, 2007, pp. 155-192.

RUBENSTEIN, K. Y SCHULTZ, J., "Bringing Law and Order to International Trade: Administrative Law Principles and the GATT / WTO", *Journal of Civil Rights and Economic Development*, vol. 11, no. 2, 1996, pp. 271-305.

SAMMAN, H., "Openness and Growth: An Empirical Investigation", vol., 2005.

SAMPSON, G. P. Y SNAPE, R. H., "Identifying Issues in Trade In Services", *World Economy*, vol. 8, no. 2, 1985, pp. 171-182.

SANTISO, C., "Good Governance and aid effectiveness: the World Bank and Conditionality", *The Georgetown Policy Review*, vol. 7, 2001, pp. 1-22.

SAPIR, A., "The General Agreement on Trade in Services - From 1994 to the year 2000", *Journal of World Trade*, vol. 33, no. 1, 1999, pp. 51-66.

SAPIR, A., "Trade in Services: Policy Issues for the Eighties", *Columbia Journal of World Business*, vol. 17, no. 3, 1982, pp. 77-83.

SAUVÉ, P., "Assessing the General Agreement on Trade in Services - Half full or Half Empty?", *Journal of World Trade*, vol. 29, no. 4, 1995, pp. 125-145.

SAUVÉ, P., "Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftovers", *Aussenwirtschaft*, vol. 57, no. 3, 2002, pp. 301-341.

SCHLOEMANN, H., "The LDC service waiver: Making it work", *ICTSD Competitiveness and Development Programme*, vol. 1, no. 4, 2012.

SCHOTT, J. Y MAZZA, J., "Trade in Services and Developing Countries", *Journal of World Trade*, vol. 20, no. 3, 1986, pp. 253-273.

SCHWARTZ, A. Y WILDE, L., "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, pp. 630-682.

- SEGURA SERRANO, A., "Los «servicios de interés económico general» tras el Tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* número, vol. 38, no. Enero/Abril, 2011.
- SEN, A., "Elements of a Theory of Human Rights", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32, no. 4, 2004, pp. 315-356.
- SHAFFER, G. C. Y POLLACK, M. A., "Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance", *Minnesota Law Review, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 09-23*, vol. 94, 2010, pp. 706-799.
- SHI, J., "Telecommunications universal service in China: making the grade on a harmonious information society", *Journal of Technology Law & Policy*, vol. 13, no. June, 2008, pp. 115-148.
- SHINGAL, A., "Services procurement under the WTO's Agreement on Government Procurement: whither market access?", *World Trade Review*, vol. 10, no. 04, 2011, pp. 527 - 549
- STEPHENSON, S. M., "Regional versus multilateral liberalization of services", *World Trade Review*, vol. 1, no. 02, 2002, pp. 187-209.
- STEWART, R. B., "Regulation, Innovation and Administrative Law: A Conceptual Framework", *California Law Review*, vol. 69, 1981, pp. 1256-1377.
- STIGLER, G. J., "The theory of economic regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, 1971, pp. 3-21.
- STIGLITZ, J. E., "La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica", *Revista asturiana de economía - rae*, vol. 25, 2002, pp. 95-164.
- SYKES, A. O., "The Least Restrictive Means", *University of Chicago Law Review*, vol. 70, no. 1, 2003, pp. 403-420.
- THATCHER, M., "Analysing regulatory reform in Europe", *Journal of European Public Policy*, vol. 9, no. 6, 2002, pp. 859-872.
- THOMAS, J. C. Y PALMETER, D., "The need for due process in WTO proceedings", *Journal of World Trade Law*, vol. 31, no. 1, 1997, pp. 45-57.
- TRACHTMAN, J. P., "Embedding Mutual Recognition at the WTO", *Journal of European Public Policy*, vol. 14, no. 6, 2007, pp. 780-799.
- TRACHTMAN, J. P., "Regulatory Jurisdiction and the WTO", *Journal of International Economic Law*, vol. 10, no. 3, 2007, pp. 631-651.
- TRACHTMAN, J. P., "The Domain of WTO Dispute Resolution", *Harvard International Law Journal*, vol. 40, no. 2, 1999, pp. 333-378.
- TRACHTMAN, J. P., "Trade and... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity", *European Journal of International Law*, vol. 9, no. 1, 1998, pp. 32-85.
- URUGUAY ROUND, "Mid-Term Review Agreements", *News of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, vol. 27, 1989.
- VAN DAMME, I., "Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body", *The European Journal of International Law*, vol. 21, no. 3, 2010, pp. 605-648.
- VAN DEN BOSSCHE, P., "Looking for Proportionality in WTO Law", *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 35, no. 3, 2008, pp. 282-294.
- VRANES, E., "The WTO and Regulatory Freedom: WTO Disciplines on Market Access, Non-Discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Services", *Journal of International Economic Law*, vol., 2009, pp. 953-987.
- WARNER, M. E., "Reversing Privatisation, Rebalancing Government Reform: Market, Deliberation and Planning", *Policy and Society*, vol. 27, no. 2, 2008, pp. 163-174.
- WEISS, T. F., "Governance, good governance and global governance, conceptual and actual challenges", *Third World Quarterly*, vol. 21, 2000, pp. 795-814.
- WEISS, T. F., "The General Agreement on Trade in Services 1994", *CML Review*, vol. 21, 1995.

- WINTERS, A. L., WALMSLEY, T. L., WANG, Z. K. Y GRYNBERG, R., "Liberalising Temporary Movement of Natural Persons: An Agenda for the Development Round", *The World Economy*, vol. 26, 2003, pp. 1137-1161.
- WINTERS, A., "Is Globalization Reducing Poverty and Inequality?", *World Development*, vol. 32, no. 4, 2004, pp. 567-589.
- WINTERS, A., "Trade Liberalization and Economic Growth: An overview", *The Economic Journal*, vol. 114, no. febrero, 2004.
- WOLFE, R., "The WTO Single Undertaking as Negotiating Technique and Constitutive Metaphor", *Journal of International Economic Law*, vol. 12, no. 4, 2009, pp. 835-858.
- WUNSCH-VINCENT, S., "The Internet, cross-border trade in services, and the GATS: lessons from US-Gambling", *World Trade Review*, vol. 5, no. 03, 2006, pp. 319-355.
- YU, Y., "China's Adopting Emergency Safeguard Measures for Services: A Political Economy Analysis", *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 6 2011, pp. 429-454.
- ZAPATERO, P., "La transformación del Estado en un nicho de mercado: Disciplinas globales de la contratación pública", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 27, 2014, pp. 1-19.
- ZAPATERO, P., "Liberalización del comercio de servicios: a vueltas con la formulación de políticas públicas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, no. 2, 2012.
- ZDOUC, W., "WTO dispute settlement practice relating to the GATS", *Journal of International Economic Law*, vol. 2, 1999, pp. 295-346.

COMUNICACIONES EN CONGRESOS

- ARKELL, J., "International Disciplines On national regulations Affecting International Trade in Services", Paper presented at the XVI International Research Conference. Services Governance and Public Policies, Lisbon, 28-30 September 2006.
- FERNÁNDEZ-PONS, X. Y TORRENT, R., "The (Unnoticed?) Contradictory Overlapping of International and Domestic Rules on FDI: Getting the Legal Facts Right", Paper presented at the 3rd Biennial Global Conference, Singapore, 25 June 2012.
- HOEKMAN, B., LOW, P. Y MAVROIDIS, P., "Antitrust disciplines and market Access negotiations: lessons from the telecommunications sector", Paper presented at the Conference on Competition Policies for an Integrated World Economy, Oslo, 13-14 June 1996.
- KENNETT, M., NEUMANN, J. Y TÜRK, E., "Second Guessing National Policy Choices: Necessity, Proportionality and Balance in the WTO Services Negotiations", en *World Trade Organization's 5th Ministerial Conference*, 2003.
- LAMY, P., "Monitoring and Surveillance: The Rising Agenda of the WTO," World Trade Organization", Speech by the Director-General of the WTO to the Georgetown University Law Centre, Washington DC, 22 October 2007.
- LAMY, P., "Services will play a key role in economic recovery", en *Global Services Summit*. Washington, 2010.
- MANRIQUE, C. Y COMAS, J., "The least-developed countries (LDCs) service waiver: Any alternative under the GATS? ", en *PEPA/SIEL Conference in Göttingen, Georg-August-Universität, 2013, PEPA/SIEL-Conference Conference Proceedings (in press)*, 2013.
- PARIKH, V., "Movement of Natural Persons under the GATS in Computer and Related Services", Presentation to the Joint WTO-World Bank Symposium on "The Movement of Natural Persons (Mode 4) Under the GATS", 11-12 April, Geneva, 2002.
- PURI, L., "Services, Development and Trade: The Regulatory and Institutional Dimension", en *Multi-Year Expert Meeting on Services, Development and Trade: The Regulatory and Institutional Dimension*, DITC, U., 18. Geneva, 2009.
- ROBINSON, S., WANG, Z. Y MARTIN, W., "Capturing the Implications of Services Trade Liberalization", en *Second Annual Conference on Global Economic Analysis*. Ebberuk, Dinamarca.

VEIL, E., "Services Classifications in the OCDE Area: Problems and Work in Progress", Paper presented at the Williamsburg Conference, 1991.

INFORMES DE LA OMC

ANDERSON, R. D., LOCATELLI, C., MÜLLER, A. C. Y PELLETIER, P., "The Relationship between Services Trade and Government Procurement Commitments: Insights from Relevant WTO Agreements and Recent RTAs", World Trade Organization - Economic Research and Statistics Division, 2014, pp. 86.

COSSY, M., "Determining "likeness" under the GATS: Squaring the circle?", WTO, Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2006-08, September 2006, Geneva, 2006, pp. 1-53.

DIVISIÓN DE ESTUDIOS ECONÓMICOS Y ESTADÍSTICA DE LA OMC, "La medición del comercio de servicios, módulo de formación para el Banco Mundial", Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2008, pp. 65.

GATT, "GATT Report International Trade 1988/89, Vol I", 5 septiembre, 1989.

HONECK, D., "Expect the Unexpected"? LDC GATS Commitments as Internationally Credible Policy Indicators? The Example of Mali", WTO, Economic Research and Statistics Division, Geneva, 2011, pp. 42.

MARCHETTI, J. A., "Developing Countries in the WTO Services Negotiations", *Staff Working Paper ERSD-2004-06*, WTO Economic Research and Statistics Division, September, 2004.

MATTOO, A., "Dealing with Monopolies and State Enterprises: WTO Rules for Goods and Services", *Research and Analysis: Working Papers*, World Trade Organization, Trade in Services Division, Geneva, 1998, pp. 1-30.

OMC, "Informe del Comercio Mundial 2010: Comercio en Recursos Naturales", Geneva, OMC, 2010, pp. 252.

OMC, "Informe sobre el Comercio Mundial 2004", 2004, pp. 292.

OMC, "Informe sobre el Comercio Mundial 2009. Compromisos de política comercial y medidas de contingencia", *Estudios y Análisis*, Ginebra, OMC, 2009, pp. 192.

OMC, "Normas de conducta para la aplicación del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias", WT/DSB/RC/1, 11 de diciembre de 1996, 1996.

OMC, "The result of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations", Cambridge, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2007. 13ra edición.

OMC, Estadísticas del comercio internacional 2009, Ginebra, 2009.

OMC, Estadísticas del comercio internacional 2010, Ginebra, 2010.

OMC, Estadísticas del comercio internacional 2011, Ginebra, 2011.

OMC, Estadísticas del comercio internacional 2014, Ginebra, 2014.

VADLUNG, R., "Service Liberalization from a WTO/GATS perspective: in search of volunteers", *Staff working Paper*, Economic Research and Statistics Division of the WTO, ERSD-2009-05, Geneva, 2009, pp. 24.

WTO, "Market Access: Unfinished Business - Post-Uruguay Round Inventory and Issues", *Special Studies No. 6*, May, 2001, pp. 145.

WTO, "Uruguay Round Back on Track", *Focus GATT Newsletter*, vol. 79, 1991, pp. 1.

WTO, "World Trade 2008, Prospects for 2009", WTO, Press Release, PRESS/554, 23 March 2009, Geneva, 2009.

WTO, "World Trade Report 2012 - Trade and public policies: A closer look at non-tariff measures in the 21st century", Geneva, pp. 252.

WTO, A Handbook on the GATS Agreement, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 93.

WTO, International Trade Statistics 2005, Geneva, 2005.

WTO, International Trade Statistics 2008, Geneva, 2008.

WTO, LEGAL AFFAIRS DIVISION, WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice, 3rd ed., 2 vols. Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 2339.

INFORMES DEL BANCO MUNDIAL

ARNOLD, J., JAVORCIK, B. Y MATTOO, A., "The productivity effects of services liberalization: Evidence from the Czech Republic", *Policy Research Working Paper*, World Bank, 4109, 2007.

BANCO MUNDIAL, "Indicadores del Desarrollo Mundial 2010", 2010, pp. 489.

BORCHERT, I., GOOTIIZ, B. Y MATTO, A., "Restrictions on Services Trades and FDI in Developing Countries", World Bank, mimeo, Washington D. C., 2010.

BORCHERT, I., GOOTIIZ, B. Y MATTOO, A., "Guide to the Services Trade Restrictions Database", World Bank, Policy Research Working Paper 6108, 2012, pp. 64.

BORCHERT, I., GOOTIIZ, B. Y MATTOO, A., "Policy Barriers to International Trade in Services: Evidence from a New Database", World Bank, Washington, DC., 2012.

BORCHERT, I. Y MATTOO, A., "The crisis-resilience of services trade", International Trade Department, Poverty Reduction and Economic Management Network, Trade and Integration Team, Development Research Group, Policy Research Working Paper WPS4917, Washington, WORLD BANK, 2009, pp. 25.

DEE, P., "A Compendium of Barriers to Services Trade", World Bank, November 2005, Washington, DC, 2005.

FERNANDES, A. Y PAUNOV, C., "FDI in Services and Manufacturing Productivity Growth: Evidence for Chile", *Policy Research Working Paper*, World Bank, 2008.

HODGE, J., "Liberalization of Trade in Services in Developing Countries", *Toward a More Balanced and Comprehensive Services Agreement*, HOEKMAN, B. (ed.), World Bank, Washington, DC, 1999.

HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services Trade and Growth", World Bank, Development Research Group, Policy Research Working Paper 4461, January 2008, 2008, pp. 38.

HOEKMAN, B. Y MATTOO, A., "Services trade liberalization and regulatory reform: re-invigorating international cooperation", *International Trade Department, Poverty Reduction and Economic Management Network; Trade and Integration Team, Development Research Group*, World Bank, Washington, 2011, pp. 25.

HOEKMAN, B. Y PRIMO BRAGA, C., "Protection and Trade in Service: A survey", World Bank, World Bank Policy Research Working Paper No. 1747, Washington, DC, 1997.

HOEKMAN, B., "Developing Countries and the Uruguay Round, Negotiation on Services", *Policy Research Working Paper 1220*, Banco Mundial, 1996, Washington, DC, 1993, pp. 1-36.

HOEKMAN, B., "Liberalizing Trade in Services: A Survey", *World Bank Policy Research, DEVELOPMENT RESEARCH GROUP (DECRG) Y CENTRE FOR ECONOMIC POLICY RESEARCH (CEPR) (eds.)*, Working Paper No. 4030, October 1, Washington D.C., WORLD BANK, 2006, pp. 62.

HOEKMAN, B., "Tentative First Steps: An Assessment of the Uruguay Round Agreement on Services", World Bank Conference on The Uruguay Round and the Developing Economies, World Bank, World Bank Discussion Paper Series 307, Washington, DC, 1995.

INVESTMENT CLIMATE ADVISORY SERVICES OF THE WORLD BANK, "Regulatory governance in Developing Countries", Better Regulation for growth Program, December, 2010, pp. 60.

KAUFMANN, D., KRAAY, A. Y MASTRUZZI, M., "Governance Matters III: Governance indicators for 1996-2002", World Bank, World Bank Policy Research Working Paper No. 3106 Washington, 2003, pp. 115.

KAUFMANN, D., KRAAY, A. Y MASTRUZZI, M., "Governance Matters VIII: Aggregate and Individual Governance Indicators, 1996-2008", World Bank Institute, 2009.

KNACK, S. Y MANNING, N., "Towards consensus on governance indicator. Selecting public management and broader governance indicators", World Bank, Washington, 2000.

MATTOO, A. Y FINK, C., "Regional Agreements and Trade in Services: Policy Issues", *Journal of International Economic Law*, World Bank, Policy Research Working Paper 2852, June, 2002, pp. 1-32.

MATTOO, A., "MFN and the GATS", World Bank, Washington DC, 1999.

MATTOO, A., "Shaping Future GATS Rules for Trade in Services", World Bank - Development Research Group (DECRG), 2001.

MATTOO, A., FINK, C. Y NEAGU, C., "Trade in International Maritime Services: How Much Does Policy Matter?", *World Bank Policy Research Working Paper No. 2522*, World Bank, Working Paper No. 2522, November 30, 1999.

WORLD BANK Y INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, "Doing Business 2012, Doing Business in a more transparent world", World Bank, Washington D.C., 2012.

WORLD BANK, "Doha Development Agenda and Aid for Trade ", DC2005-2006, 12 September, 2005, pp. 47.

WORLD BANK, "Informe sobre el desarrollo mundial 1997. El Estado en un mundo en transformación", Washington D.C., WORLD BANK, 1997, pp. 28.

WORLD BANK, "Rehabilitation Loan: Pre-Identified Import Component Distribution Monitoring Report", Russia Department, 9 December, mimeo, 1994.

WORLD BANK, "Sub-Sahara Africa: From Crisis to Sustainable Growth – A Long-Term Perspective Study", World Bank, Washington, 1989.

INFORMES DE LA CEPAL

CEPAL, "Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios: retos y oportunidades para América Latina y el Caribe", Doc. LC/R.1588, Santiago de Chile, 1995.

CEPAL, "El comercio de servicios en los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI): Evaluación cuantitativa y normativa.", LC/L.2874, 10 de marzo, Santiago de Chile, 2008, pp. 48.

KUWAYAMA, M., LIMA, J. D. Y SILVA, V., "Bilateralism and Regionalism: Re-establishing the primacy of Multilateralism a Latin American and Caribbean Perspective", *Serie comercio internacional*, CEPAL, Division of International Trade and Integration, 58, diciembre de 2005, Santiago de Chile, 2005, pp. 63.

MATTOS, J. C., "Los desafíos de la Clasificación de los Servicios y su importancia para las negociaciones comerciales", *Serie Comercio internacional*, CARLOS, J. (ed.), CEPAL, División de Comercio Internacional e Integración, diciembre, Santiago de Chile, 2001, pp. 52.

SÁEZ, S., "El comercio de servicios en el marco del sistema de solución de controversias de la OMC", CEPAL, Division de Comercio Internacional e Integración, 60, diciembre, Santiago, 2006, pp. 52.

SÁEZ, S., "Trato especial y diferenciado y comercio de servicios", *Serie Comercio Internacional*, CEPAL, División de Comercio Internacional e Integración, Diciembre de 2008, Chile, 2008, pp. 91.

INFORMES DEL FMI

INTERNATIONAL MONETARY FUND, "Balance of Payments and Intentional Investment Position - Manual," Washington D.C., INTERNATIONAL MONETARY FUND PUBLICATION SERVICES, 2009. Sixth Edition (BPM6), pp. 351.

INTERNATIONAL MONETARY FUND, "Balance of payments statistics. Yearbook", Balance of Payments Division of Bureau of Statistics, vol. 60: part2/3, Washington D.C., 2009.

INTERNATIONAL MONETARY FUND, "World Economic Outlook (WEO), Sustaining the Recovery", Washington, 2009.

INTERNATIONAL MONETARY FUND, "World economic outlook: a survey by the staff of the International Monetary Fund", October 2009, Washington D.C., 2009.

INFORMES DE LA OCDE

CONWAY, P. Y NICOLETTI, G., "Product Market Regulation in the Non-Manufacturing Sectors of OECD Countries", OECD Economics Department Working Papers, Working Paper 530, 2006, pp. 65.

CZAGA, P., "Regulatory Reform and Market Openness: Understanding the links to enhance economic performance", OECD, Trade Policy Working Paper No. 9, TD/TC/WP(2004)10/FINAL, Paris, 2004.

DEE, P., FRANCOIS, J., MANCHIN, M., NORBERG, H., NORDÅS, H. K. Y VAN TONGEREN, F., "The Impact of Trade Liberalisation on Jobs and Growth", *Technical note*, OECD, 31 Jan, Paris, 2011, pp. 111.

GELOSO GROSS, M., JANKOWSKA, A. Y GONZALES, F., "Trade and regulation: The case of construction services", *OECD Experts Meeting on Construction Services*, OECD Trade and Agriculture Directorate, OECD, Paris, 11 December, 2008, pp. 36.

GELOSO GROSSO, M., "Liberalising network infrastructure services and the GATS," OECD, Working Party of the Trade Committee, Trade Policy Working Paper No. 34, 22-May-2006, 2006, pp. 52.

GÖNENÇ, R., MAHER, M. Y NICOLETTI, G., "The implementation and the effects of regulatory reform: Past experience and current issues", OECD Economic Studies No. 32, 2001.

HØJ, J., JIMENEZ, M. Y MAHER, M., "Product Market Competition in OECD Countries: A Synthesis", OECD Economics Department Working Papers, 2006.

IIDA, K. Y NIELSON, J., "Transparency in domestic regulation: practices and possibilities", *Trade in Services: Negotiating Issues and Approaches*, WORKING PARTY OF TRADE COMMITTEE (ed.), Organization for Economic Cooperation and Development, TD/TC/WP(2001)31/FINAL, 15 Feb 2002, Paris, 2002, pp. 55.

KOX, H. Y NORDÅS, H. K., "Services trade and domestic regulation", *OECD Trade Policy Working Paper No 49*, TD/TC/WP(2006)20/FINAL, 14 February, 2007, pp. 1-54.

MALYSHEV, N. A., "Regulatory Frameworks in OECD countries and their Relevance for India", *Public Governance and Territorial Development*, OECD, 2010.

MELONI, G., "Enabling Regulatory Reform (Chapter 9)", *OECD, Making Reform Happen Lessons from OECD Countries*, Washington, OECD Publishing, 2009, pp. 239-268.

NICOLETTI, G., "Regulation in Services. OECD Patterns and Economic Implications", *Economics Department Working Papers No. 287*, OECD, ECO/WKP(2001)13, Paris, 2001, pp. 47.

NIELSON, J. Y TAGLIONI, D., "Services Trade Liberalisation: Identifying Opportunities & Gains", OECD, Working Party of the Trade Committee, Trade Policy Working Paper No. 1, TD/TC/WP(2003)23/FINAL, 06 Feb 2004, 2004, pp. 135.

NORDÅS, H. K. Y HENK, K., "Quantifying regulatory barriers to services trade", *Trade Policy Working Paper*, WORKING PARTY OF THE TRADE COMMITTEE (ed.), OCDE, 85, TAD/TC/WP(2008)27/FINAL, April, 2009, pp. 54.

OCDE, "Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales - Revisión 2011", OECD Publishing, 2013, pp. 99.

OECD Y WORKING PARTY OF THE TRADE COMMITTEE, "Integrating Market Openness into regulatory process: Emerging Patterns in OECD Countries", *Trade and Policy Working Paper*,

OECD, "Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados", adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997.

OECD, "Economic Policy Reforms: Going for Growth 2010", *Structural Policies - Indicators, Priorities and Analysis*, Paris, 2010, pp. 249.

OECD, "Elements of a Conceptual Framework for Trade in Services", OECD, Paris, 1987.

OECD, "GATS: The Case for Open Services Markets Complete Edition", en *OECD General Economics & Future Studies*, I-93, 2002.

OECD, "Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance", Paris, 2005.

OECD, "International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World", Paris, 2007.

OECD, "International Trade in Services and Domestic Regulation", *Economic Policy Reforms: Going for Growth 2008*, March 2008, 2008, pp. 117-125.

OECD, "Joint OECD/EUROSTAT Survey on the Activity of Domestic Firms and of Foreign Affiliates in the Service Sector: First Results", DSTI/EAS/IND/SWP(98), 16, October 1998, Paris, 1998.

OECD, "Measuring Globalisation, the Role of Multinationals in OECD Economies, Volume II, Services 200-2004", Paris, 2008.

OECD, "OECD Code of Liberalisation of Capital Movements", OECD Publishing, Paris, 2013, pp. 174.

OECD, "OECD Code of Liberalisation of Current Invisible Operations", OECD Publishing, Paris, 2013, pp. 134.

OECD, "OECD Codes of Liberalisation USER'S GUIDE", OECD, Paris, 2008, pp. 133.

OECD, "Privatising State-owned Enterprises: An Overview of Policies and Practices in OECD Countries", OECD, Paris, 2003.

OECD, "Recomendación del Consejo Sobre Medidas Fiscales para Combatir más a Fondo el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales", Working Group on Bribery in International Business Transactions, adoptada por el Consejo el 26 de noviembre del 2009.

OECD, "Regulatory Policy and the Road to Sustainable Growth ", November, 2010.

OECD, "Regulatory reform for recovery: Lessons from implementation during crises", *OECD Reviews of Regulatory Reform*, OECD, Paris, 2010, pp. 260.

OECD, "Regulatory reform in the global economy: Asian and Latin America perspectives", Paris, 1998, pp. 144.

OECD, "Report by the High Level Group on Trade and Related Problems", OECD, Paris, 1972.

OECD, "Service Providers on the Move: Mutual Recognition Agreements", TD/TC/WP(2002)48/FINAL, Paris, 2002.

OECD, "Special and Differential Treatment Under the GATS", *OECD Trade Policy Working Papers*, TRADE POLICY LINKAGES DIVISION OF THE OECD TRADE DIRECTORATE (ed.), OECD Publishing., TD/TC/WP(2005)24/FINAL, January, Paris, 2006, pp. 32.

OECD, "Statistics of International Trade in Services", OECD, Paris, 2007.

OECD, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", OECD, Paris, 1997, pp. 1-40.

OECD, "Trade and structural Adjustment: Embracing Globalization", OECD, Paris, 2005.

OECD, "Trade in services: a roadmap to GATS MFN Exeptions", OECD, Working Party of Trade Committee, TD/TC/WP(2004)24/FINAL, Washington, 2004.

OECD, Background document on regulatory reform in OECD countries, OECD reviews of regulatory reform, Paris, OECD, 2006, pp. 29.

OECD, Declaration on Policy Coherence for Development, Doc. C/MIN(2008)2/FINAL, 4 June 2008.

OECD, HOJ, J., KATO, T. Y PILAT, D., "Deregulation and privatisation in the services sector", Economic Studies, No. 25, /995/11, 1995, pp. 37-78.

OECD, OECD Country Reviews on Regulatory Reform: China - Defining the Boundary between the Market and the State, Paris, 2009.

OECD, Regulatory Policies in OECD Countries: From Interventionism to Regulatory Governance, Reviews of Regulatory Reform, Paris, OECD, 2002, pp. 194.

OECD, WORKING PARTY OF THE TRADE COMMITTEE, Assessing barriers to trade in services. The Scheduling of Economic Needs Tests in the GATS: An Overview, Doc. TD/TC/WP(2000)11/FINAL, 10 de noviembre 2000.

OECD, WORKING PARTY OF THE TRADE COMMITTEE, Services Trade Liberalization and Tourism Development, Trade Policy Working Paper N° 57, by Massimo Geloso Grosso, Molly Leshner and Enrico Pinali, Doc. TD/TC/WP(2006)37/FINAL, 12 November 2007.

OECD, WORKING PARTY OF THE TRADE COMMITTEE, Transparency in Domestic Regulation: Practices and Possibilities, Doc. TD/TC/WP/(2001)31/FINAL, 15 February 2002, pp. 55.

OECD/WTO, "Aid for Trade at a Glance 2011: Showing Results", OECD Publications, 2011, pp. 399.

VOGT, L., "The EU's Single Market: At your Service?", OECD, ECO/WKP(2005)36, Economics Department Working Paper No. 449, 7 October, 2005.

INFORMES DEL PNUD

ANAND, S. Y SEN, A., "Gender Inequality in Human Development: Theories and Measurement", Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Human Development Report Office Occasional Paper 19, Nueva York, 1995.

PNUD, "Book for Human Development Impact Assessment of Trade Policy, draft", UNDP Regional Services Centre, Colombo, 2008.

PNUD, "Informe sobre el desarrollo humano 1990, Concepto y medición del desarrollo humano", Naciones Unidas, Nueva York, 1990.

RODRIK, D., "The Global Governance of Trade as if Development Really Mattered", *Background papers commissioned by UNDP as part of the Trade and Sustainable Human Development*, UNDP, April, New York, 2001.

UNDP, "Governance for Sustainable Human Development – a UNDP Policy Document", United Nations Development Programme, New York, 1997.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, GAY, D., MBONDE, A. Y RIVA, M., Aid for Trade and human development: a guide to conducting Aid for Trade needs assessment exercises, Geneva, United Nations publication, 2008.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, People, Trade and Development: Learning from Asia-Pacific, Colombo, United Nations publication, 2005.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, "Trade and Human Development: A Practical Guide to Mainstreaming Trade", UNDP, July, Geneva, UNITED NATIONS PUBLICATION, 2011, pp. 146.

INFORMES DE LAS NACIONES UNIDAS

COMISIÓN DE ESTADÍSTICA DE LAS NACIONES UNIDAS, "Informe sobre el 39º período de sesiones (26 a 29 de febrero de 2008)", ONU, E/2008/24, E/CN.3/2008/34, 2008.

MARCEAU, G., "General Presentation of the WTO agreement", *U.N. Treaty Collection*, 2005, pp. 27.

NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO Y ORGANIZACIÓN

MUNDIAL DEL COMERCIO, "Manual de Estadísticas del Comercio Internacional de Servicios", *Serie M 86*, DEPARTAMENTO DE ASUNTOS SOCIALES Y ECONÓMICOS, DIVISIÓN DE ESTADÍSTICA (ed.), ST/ESA/STAT/SER.M/86, Ginebra, Luxemburgo, Nueva York, París, Washington, ONU, 2003, pp. 190.

ONU Y PNUD, "Informe sobre el Desarrollo Humano 2000, Derechos humanos y desarrollo humano", en, 305. Nueva York, Naciones Unidas, 2000.

ONU Y PNUD, "Informe sobre el Desarrollo Humano 2010, La verdadera riqueza de las naciones: Caminos para el Desarrollo Humanos", Naciones Unidas, Nueva York, 2010.

ONU Y PNUD, "Informe sobre el desarrollo humano 2011, Sostenibilidad y Equidad: Un mejor futuro para todos", Naciones Unidas, Nueva York, 2011.

ONU Y PNUD, Informe sobre el desarrollo Humano, La cooperación internacional ante una encrucijada: Ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual, Madrid, Barcelona, México, Ediciones Mundi-Prensa, 2005.

ONU, "Revised Central Product Classification – CPC- Version 1C", Department of International Economic and Social Affairs. Statistical Office of the UN, Statistical Papers Series M Nr 77, New York, 1991.

ONU, "We Can End Poverty 2015: Millennium Development Goals", Nueva York, 2000.

ONU, CESC, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Doc. E/C.12/2001/15 2001.

ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ECOSOC, Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2001/29 de la Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Doc. E/CN.4/2002/60, 7 de enero 2002.

ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ECOSOC, Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, 59º período de sesiones, Doc. E/CN.4/2003/9, 16 de enero 2003.

ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ECOSOC, La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos, Derechos económicos, sociales y culturales, Informe de la Alta Comisionada, Resumen ejecutivo, Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25 de junio 2002.

ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, Derechos económicos, sociales y culturales, Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/13, 27 de junio 2001.

ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, La mundialización y sus consecuencias para el pleno disfrute de todos los derechos humanos, Derechos económicos, sociales y culturales, Informe de la Alta Comisionada, Doc. E/CN.4/2002/54, 15 de enero 2002.

ONU, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Estadísticas del comercio internacional de servicios, Nota del Secretario General, Comisión de Estadística, 41º período de sesiones, 23 a 26 de febrero de 2010, Doc. E/CN.3/2010/6, 8 diciembre 2009, pp. 14.

ONU, DIVISIÓN DE ESTADÍSTICA DEL DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LAS NACIONES UNIDAS (DESA), Objetivos de Desarrollo del Milenio - Informe 2010 2010, pp. 76.

ONU, DIVISIÓN DE ESTADÍSTICA DEL DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LAS NACIONES UNIDAS (DESA), Objetivos de Desarrollo del Milenio - Informe 2011, junio 2011, pp. 68.

UNITED NATIONS, COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment No. 15 (2002), The right to water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), Doc. E/C.12/2002/11, 20 January 2003.

UNITED NATIONS REPORT OF SECRETARY-GENERAL TO ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, "Implementation of the programme action for the least developed countries for the decade 2001-2010", United Nations, A/60/81-E/2005/68, 23 May, 2005.

UNITED NATIONS STATISTICAL COMMISSION, "Manual on Statistics of International Trade in Services 2010 (MSITS 2010)", *Forty-first session 23-26 February 2010, Item 3(d) of the provisional agenda Items for discussion: Statistics of International Trade in Services*, Unedited version, disponible solamente en inglés, Ginebra, Luxemburgo, Nueva York, París, Washington D.C., 2010, pp. 155.

UNITED NATIONS STATISTICS DIVISION, "Product Classification, Version 2.0", New York, UNITED NATIONS, 2008.

UNITED NATIONS STATISTICS DIVISION, "System of National Accounts 2008", New York, UNITED NATIONS, EUROPEAN COMMUNITIES, INTERNATIONAL MONETARY FUND, ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT Y WORLD BANK, 2009.

INFORMES DE LA UNCTAD

ABUGATTAS MAJLUF, L., "Domestic Regulation and the GATS: challenges for developing countries", UNCTAD, Final Draft, Geneva, 2006, pp. 23.

BUTKEVICIENE, J. M., "Managing Request-Offer Negotiations Under GATS: The Case of Construction and Related Engineering Services", UNCTAD, Geneva, 2005.

FERNÁNDEZ PONS, X. Y LAVOPA, F., "Comentarios a los principales artículos del GATT de 1994", *Curso Virtual Institute*, UNCTAD, CEDETT, 2012.

FINDLAY, C., "Services Sector Reform and Development Strategies: Issues and Research Priorities", *Policy Issues in International Trade and Commodities*, STUDY SERIES NO. 8 (ed.), UNCTAD, Geneva, 2001, pp. 2001.

GABRIELE, A., "Subsidies to Services Sectors: A Neo-Protectionist Distortion or a Useful Development Tool?", UNCTAD, UNCTAD/DITC/TNCD/MISC/2003/7, 20 April, 2005, pp. 43.

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO, UNCTAD, La evolución del sistema comercial internacional y del comercio internacional desde la perspectiva de desarrollo: Impacto de las medidas de mitigación de la crisis y las perspectivas de recuperación, 57º período de sesiones, 15 a 28 de septiembre de 2010, Doc. TD/B/57/3, 13 de julio de 2010 2010, pp. 1-24.

KESSLER, K. Y ALEXANDER, N., "Assessing the Risks in Private Provision of Essential Services", *G-24 Discussion Paper Series*, UNCTAD, Geneva, 2004, pp. 26.

MARCONINI, M., "Emergency Safeguard Measures in the GATS: Beyond Feasible and Desirable", UNCTAD, UNCTAD/DITC/TNCD/2005/4, 16 March, 2005.

MASHAYEKHI, M., OLARREAGA, M. Y PORTO, G., "Services, Trade and Development", UNCTAD, New York and Geneva, 2011, pp. 316.

PANAGARIYA, A., "The Millennium Round and Developing Countries: Negotiating Strategies and Areas of Benefits", *G-24 Discussion Paper Series, No. 1*, UNCTAD (ed.), UNCTAD/GDS/MDPB/G24/1, March, New York and Geneva, 2000, pp. 30.

UNCTAD Y DIVISION ON INTERNATIONAL TRADE IN GOODS AND SERVICES, A. C., "Globalization for Development: the international trade perspective", United Nations, New York, Geneva, 2008, pp. 91.

UNCTAD Y WORLD BANK, "Liberalizing International Transactions in Services: A Handbook", UNCTAD/DTCI/7, Ginebra, New York, UNITED NATIONS, 1994, pp. 182.

UNCTAD, "Back to Basics-Market Access Issues in the Doha Agenda", United Nations publication Geneva, 2003.

UNCTAD, "Building Confidence: Electronic Commerce and Development", United Nations, UNCTAD/SDTE/MISC.11, New York and Geneva, 2000, pp. 175.

UNCTAD, "El transporte marítimo 2010", NACIONES UNIDAS, 2010, pp. 230.

UNCTAD, "Energy And Environmental Services: Negotiating Objectives and Development Priorities", United Nations, UNCTAD/DITC/TNCD/2003/3, New York and Geneva, 2003, pp. 420.

UNCTAD, "Informe sobre las Inversiones en el mundo, 2005: Las empresas transnacionales y la internacionalización de la investigación y el desarrollo," UNCTAD/WIR/2004/Overview, Nueva York y Ginebra, 2005.

UNCTAD, Positive Agenda and Future Trade Negotiations, New York, 2000.

UNCTAD, "Review of Maritime Transport 2010", UNCTAD/RMT/2010, Geneva, 2010.

UNCTAD, "Servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional", *Junta de Comercio y Desarrollo, Comisión de Comercio y Desarrollo, Reunión Multianual de Expertos sobre Comercio, Servicios y Desarrollo, Ginebra, 11 a 13 de mayo de 2015*, TD/B/C.I/MEM.4/8, Nota de la secretaría de la UNCTAD, 2015.

UNCTAD, "Trade And Development Report: Responding to the global crisis Climate change mitigation and development", Report by the secretariat of the UNCTAD, UNCTAD/TDR/2009, September 7, UNITED NATIONS, 2009, pp. 182.

UNCTAD, "World Investment Report 1996: Investment Trade and International Police Arrangements", United Nations, New York, Geneva, 1996.

UNCTAD, "World Investment Report 1998", Geneva, 1998.

UNCTAD, "World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development", New York and Geneva, 2007.

UNCTAD, "World Investment Report 2009: Transnational Corporations, Agricultural Production and Development", United Nations, UNCTAD/WIR/2009, 17 September 2009, New York and Geneva, 2009, pp. 312.

UNCTAD, "World Investment Report 2011: Non-Equity Modes of International Production and Development", United Nations, UNCTAD/WIR/2011, 27 July 2011, New York and Geneva, 2011, pp. 220.

UNCTAD, "World Investment Report: The Shift towards Services", Geneva, 2005.

UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DE COMERCIO Y DESARROLLO, "Examen de la evolución del sistema de comercio internacional y mejora de su contribución al desarrollo y la recuperación económica, Nota de la secretaría de la UNCTAD", *Reunión multianual de expertos sobre servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional del 6 a 8 de abril de 2011*, TD/B/C.I/15, 28 de marzo de 2011, Ginebra, 2011, pp. 1-28.

UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DE COMERCIO Y DESARROLLO, "Servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional – Ampliación de las oportunidades comerciales de los países en desarrollo, Nota de la secretaria", *Reunión multianual de expertos sobre servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional del 6 a 8 de abril de 2011*, TD/B/C.I/MEM.3/8, 26 de enero 2011, Ginebra, 2011, pp. 1-25.

UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DE COMERCIO Y DESARROLLO, "Servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional, Nota de la secretaria", *Reunión multianual de expertos sobre servicios, del 17 a 19 de marzo de 2009*, TD/B/C.I/MEM.3/2, Ginebra, 2009, pp. 1-25.

UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DE COMERCIO Y DESARROLLO, "Servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional, Nota de la Secretaría", *Reunión multianual de expertos sobre servicios, desarrollo y comercio: la dimensión reguladora e institucional de 23 a 24 de febrero de 2012*, TD/B/C.I/MEM.3/11, Ginebra, 2011, pp. 1-23.

UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "Acceso Universal a los Servicios, Nota de la secretaría de la UNCTAD", *Reunión de Expertos sobre el acceso universal a los servicios*, TD/B/COM.1/EM.30/2, 18 de septiembre, 2006, pp. 22.

UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el

desarrollo", *11º período de sesiones, 19 a 23 de marzo de 2007*, TD/B/COM.1/85, 2 de febrero 2007, Ginebra, 2007, pp. 24.

UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO Y COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, "El comercio de servicios y sus repercusiones en el desarrollo", *Noveno período de sesiones, del 14 al 18 de marzo de 2005*, TD/B/COM.1/71, 20 de enero 2005, Ginebra, 2005, pp. 29.

UNCTAD, Listas de pruebas de necesidades económicas en las listas de compromisos específicos del AGCS, Doc. UNCTAD/ITCD/TSB/8, 6 de septiembre 1999.

UNCTAD, TRADE AND DEVELOPMENT BOARD, "Scope for Expanding Exports of Developing Countries in Specific Sectors through All GATS Modes of Supply, taking into account their interrelationship, the role of information technology and of new business practices", COMMISSION ON TRADE IN GOODS AND SERVICES, AND COMMODITIES (ed.), TD/B/COM.1/21, 24 July 1998, Geneva, 1998, pp. 24.

UNCTAD, Universal Access to Services, Nota de la secretaria, Doc. TD/B/COM.1/EM.30/2, 18 de agosto 2006.

UNITED NATIONS, UNCTAD SECRETARIAT, Services and the Development Process, Doc. TD/B/1008/Rev.1, 1985, pp. 80.

INFORMES DE OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

OIT, "Tendencias Mundiales del Empleo 2014: ¿Hacia una recuperación sin creación de empleos?", Organización Internacional del Trabajo, Resumen Ejecutivo, Ginebra.

UNWTO, "Barómetro OMT del Turismo Mundial - Vol. 13 y anexo estadístico", 13 de abril, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL TURISMO, 2015.

WORLD TOURISM ORGANIZATION, World Tourism Barometer, vol. 7(3), Octubre Madrid, 2009.

WORLD TOURISM ORGANIZATION, World Tourism Barometer, vol. 8(1), January Madrid, 2010.

WORLD TOURISM ORGANIZATION, World Tourism Barometer. Interim Update, April, Madrid, 2009.

WORLD TOURISM ORGANIZATION, World Tourism Barometer. Interim update, April, Madrid, 2010.

OTROS INFORMES

ABUGATAS, M., "Towards Disciplines on Subsidies on Agreements to Liberalize Trade in Services", Report prepared for the CRNM/IDB, 2002.

AHUJA, R., "Towards developing subsidy disciplines under GATS", Indian Council for Research on International Economic Relations, Working Paper No. 174, 2005, pp. 48.

ARKELL, J., "GATS and Domestic Regulation Disciplines and Sustainable Development: Principles and Operational Concepts: The Challenges", ICTSD, Draft, Round Table on GATS and Domestic Regulation Disciplines, 26 June, Geneva, 2006.

ARNOLD, J., JAVORCIK, B., LIPSCOMB, M. Y MATTOO, A., "Services Reform and Manufacturing Performance: Evidence from India", *Discussion Paper*, CEPR, 8011, 2010.

AUSTRALIAN GOVERNMENT, "Discussion Paper on the General Agreement on Trade in Services", Office of Trade Negotiations, Ministry of Foreign Affairs and Trade, 2003.

BALDWIN, R. E. Y ROBERT-NICOUD, F., "Offshoring: General Equilibrium Effects on Wages, Production and Trade", NBER Working Paper No. 12991, March, 2007.

BARGA, R. Y GOLDAR, B., "Contribution of Services to output growth and Productivity in Indian manufacturing", *ICRIER Working Paper No. 139*, 2004.

BATTINI, S., VESPERINI, G., CIMINO, B., FONDERICO, G., BENEDETTI, M., QUINTILI, S., MORETTINI, S., DE BELLIS, M., MORLINO, E. Y TONETTI, A., "Global and European Constraints

- Upon National Right to Regulate: The Services Sector", Università degli Studi della Tuscia - Facoltà di Scienze Politiche, February 29, Roma, 2008, pp. 207.
- BENITAH, M., "Working Paper on Subsidies, Services and Sustainable Development", ICTSD, marzo 2003, 2003.
- BOSWORTH, M., "The Proposed Non-MFN Trade in Services Agreement: Bad for Unilateralism, the WTO and the Multilateral Trading System", *NCCR Trade Working Papers*, Working Paper No 2014/05, 2014.
- BRONCKERS, M., "Trade and Competition Interlinkages: The Case of Telecom", FEEM, Working Paper No. 68-99, 1999.
- BROWN, D. K., DEARDORF, A. Y STERN, R., "Computational Analysis of Multilateral Trade Liberalisation in the Uruguay Round and Doha Development Round", Research Seminar in International Economics, Discussion Paper No. 489, University of Michigan, 2002.
- CALI, M., ELLIS, K. Y WILLEM TE VELDE, D., "The Contribution of Services to Development and the Role of Trade Liberalisation and Regulation", *Working Paper 298*, Overseas Development Institute (ODI), 298, December 2008, London, 2008, pp. 142.
- CHANDA, R., "Low-skilled workers and bilateral, regional, and unilateral initiatives, Lessons for the GATS Mode 4 negotiations and other agreements", *United Nations Development Programme (UNDP) Report*, 2008.
- CONDON, B. J., "Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias", ITAM, Mexico DC, 2013.
- COPENHAGEN ECONOMICS, "Economic Assessment of the Barriers to the Internal Market for Services – Final Report", January, Copenhagen, 2005.
- CROZET, M., MILET, E. Y MIRZA, D., "The Discriminatory Effect of Domestic Regulations on International Trade in Services: Evidence from Firm-Level Data", 1 October, Available at SSRN, 2013.
- DE BRUIJN, R., KOX, H. Y LEJOUR, A., "The trade-induced effects of the Services Directive and the country of origin principle", CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, CPB Document, No 108, February, 2006, pp. 58.
- DEE, P. Y HANSLOW, K., "Multilateral Liberalisation of Services Trade", *Productivity Commission Staff Research Paper*, Ausinfo, Canberra, 2000.
- DELIMATSI, P., "The Principle of Necessity in the WTO – Lessons for the GATS Negotiations On Domestic Regulation", *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series* Tilburg Law School 2013.
- EBRD, "Transition Report 2004: Infrastructure", European Bank for Reconstruction and Development, London, 2004.
- EVENETT, S. J. Y HOEKMAN, B., "Government Procurement: Market Access, Transparency, and Multilateral Trade Rules", *Discussion Paper Series, 4109*, Centre for Economic Policy Research, November, 2003, pp. 30.
- FRANCOIS, J. Y HOEKMAN, B., "Services Trade and Policy", University of Linz and CEPR, Working Paper No. 0903, March, 2009, pp. 49.
- FRITZ, T. Y FUCHS, P., "Las negociaciones del AGCS (GATS) en la Organización Mundial del Comercio (OMC) – Un desafío para la sociedad civil internacional", Heinrich Böll Stiftung, Berlin, 2003, pp. 22.
- FUCHS, V. R., "The services economy", National Bureau of Economic research (NBER), New York, 1968.
- GIL, O., "Políticas públicas de regulación de las telecomunicaciones: las instituciones políticas, económicas y sociales, como condicionantes de la economía", Instituto Universitario Ortega y Gasset, Madrid, 1997.
- GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS, OFICINA DE ANÁLISIS ECONÓMICA, COMITÉ DE POLÍTICA DE CLASIFICACIÓN ECONÓMICA, "Issues Paper No. 6: Services Classifications", March, 1994.

- HARDIN, A. Y HOLMES, L., "Services trade and foreign direct investment", *Industry Commission Staff Research Paper*, Australian Government Publishing Services, November, Canberra, 1997.
- HOEKMAN, B. M. Y MAVROIDIS, P. C., "WTO 'à la carte' or WTO 'menu du jour'? - assessing the case for plurilateral agreements", European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme-57, EUI Working Paper RSCAS 2013/58, 2013, pp. 17.
- HOEKMAN, B., "Trade in Services, Trade Agreements and Economic Development: A Survey of the Literature", *Discussion Paper Series*, 5760, Centre for Economic Policy Research, July, 2006.
- HUFBAUER, G. C. Y WARREN, T., "The Globalization of Services: What Has Happened? What are the Implications?", Peterson Institute for International Economics, Working Paper 99-12, 1999.
- HUFBAUER, G. C., JENSEN, J. B. Y STEPHENSON, S., "Framework for the International Services Agreement", *Policy Brief*, Peterson Institute for International Economics, PB12-10, April, 2012, pp. 45.
- KOX, H. Y LEJOUR, A., "Regulatory heterogeneity as obstacle for international services trade", CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, CPB Discussion Paper 49, February, 2005, The Hague, 2005.
- KOX, H. Y RUBALCABA, L., "Analysing the contribution of business services to European economic growth", *Bruges European Economic Research Papers*, Bruges Colleges of Europe, 2007.
- KRAJEWSKI, M., "Investment Law and Public Services", April 1, 2012, pp. 15.
- MARCONINI, M., "Regional Agreements and their impact on services trade", ICTSD Policy Paper on Trade in Services and Sustainable Development, 71, Geneva, 2006, pp. 23.
- MARCONINI, M., "Revisiting Regional Trade Agreements and Their Impact on Services Trade", *EPAs and Regionalism Programme*, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), December, Geneva, 2009, pp. 47.
- MELCHIOR, A., "Services and Development. The Scope for Special and Differential Treatment in the GATS", *NUPI Report*, Norwegian Institute of International Affairs, April, Oslo, 2010, pp. 134.
- MONTEAGUDO, J., RUTKOWSKI, A. Y LORENZANI, D., "The economic impact of the Services Directive: A first assessment following implementation", *European Economy. Economic Papers* 456, June, Brussels, 2012, pp. 86.
- MONTI, M., "A New Strategy for the Single Market - At the Services of Europe's Economy and Society, Informe al Presidente de la Comisión Europea José Manuel Barroso", 9 de mayo, 2010.
- NAKATOMI, M., "Plurilateral Agreements: A Viable Alternative to the World Trade Organization?", ADBI Working Paper 439, 25 October, 2013.
- NATENS, B., "The Doha round and the future architecture of the multilateral regulation of trade in services", Leuven Centre for Global Governance Studies, Paper #3, March, 2013, pp. 38.
- NATIONAL BOARD OF TRADE IN SWEDEN, "Possible Effects of the Services Directive", June, 2012.
- NOGUEIRA-BATISTA, P., "Trade in Services: Brazilian View of the Negotiating Process", Permanent Mission of Brazil to the United Nations, Statement made at the General Debate in the Group of Negotiations on Services by the Head of the Brazilian Delegation, Geneva, 1987.
- NOWROT, K., "Global Governance and International Law", *WIRTSCHAFTSRECHT*, I. F. (ed.), Universität Halle-Wittenberg, Heft 33, November, 2004, pp. 1-34.
- OBERMANN, G., HALL, D. Y SAK, B., "Services of General Interest in The Internal Market", *Working Paper*, European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection, Brussels, 2005, pp. 56.
- OGUS, A., "Regulatory Institutions and Structures", *Working Paper Series*, Centre on Regulation and Competition, Paper No. 4, October 2001, Manchester, 2001, pp. 23.
- ORTINO, F., "The Principle of Non-Discrimination and its Exceptions in GATS: Selected Legal Issues", King's College, London, 2006.

- OXLEY, H. Y MACFARLAN, M., "Health Care Reform - controlling spending and increasing efficiency", Economics Department Working Papers, No. 149, Paris, 1994.
- PATERSON, I., FINK, M. Y OGUS, A., "Economic Impact of Regulation in the Field of Liberal Professions in Different Member States", *Informe encargado por la Comisión Europea - Dirección General de la Competencia*, Instituto de Estudios Avanzados, Viena, 2003.
- RODERBURG, E., "Regulatory Issues and Trade Liberalisation", *Global Forum on Governance. Regulatory Issues and the Doha Development Agenda*, 25 March 2003, Geneva, 2003.
- RODRIK, D., "How to Save Globalization from its Cheerleaders", Harvard University, Working Paper RWP07-038, September, 2007, pp. 1-33.
- SHUKLA, S. P., "From GATT to WTO and Beyond", The UN University, World Institute for Development Economics Research (WIDER), Working Paper No. 195, 2000.
- SINCLAIR, S. Y GRIESHABER-OTTO, J., "Facing the Facts: A Guide to the GATS Debate", Canadian Centre for Policy Alternatives, Ottawa, 2002.
- SOUTH CENTRE, "Linking mode 4 and domestic regulation", *South Centre Analytical Note*, SC/TADP/AN/SV/3, December, 2003.
- SOUTH CENTRE, "Review of the Existing Special and Differential Treatment Provisions: Implementing the Doha Mandate", SC/TADP/AN/SDT/1, May 2002.
- STEPHENSON, S. M., "Services Liberalization by Developing Countries: Is More Progress Possible Regionally Than Under the GATS?", *PSIO Occasional Paper, WTO Series, no 08*, Graduate Institute of International Studies (HEI), WTO Series Number 08, Geneva, 2002.
- STEPHENSON, S., "Deepening Disciplines for Trade in Services", *Analyses on Trade and Integration in the Americas*, Organization of American States (OAS), Trade Unit Studies, Washington DC, 2001.
- STEWART, R. B. Y SANCHEZ BADIN, M. R., "The World Trade Organization and Global Administrative Law", *Global Administrative Law Series*, 2009/7, I. W. P. (ed.), Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, October 14, 2009, pp. 30.
- STIGLER, G. J., "Trends in Employment in the Service Industries", Princeton University Press for National Bureau of Economic Research, 1956.
- STIGLITZ, J. E., "Markets and Development", National Bureau of Economic Research, Inc, May, 1989, pp. 20.
- STIGLITZ, J. E., "Markets and Development", National Bureau of Economic Research, Inc, 1989 1990//Jan, 1990.
- STUMBERG, R., "GATS Negotiations on Domestic Regulation", *Discussion Draft of May 19, 2010*, Harrison Institute for Public Law, Georgetown University Law Center, 2010, pp. 18.
- STUMBERG, R., "GATS proposal that domestic regulations must be "objective"", Harrison Institute for Public Law, Georgetown University Law Center, Draft "6" for circulation, Memorandum for the Intergovernmental Policy Advisory Committee, 1 March, 2007, pp. 28.
- TASK FORCE ON STATISTICS OF INTERNATIONAL TRADE IN SERVICES, "Report of the Meeting of the Task Force on Statistics of International Trade in Services (TFSITS), 23-24 March 2010 (joint meeting with TF on merchandise trade: 25 March 2010)", ESCWA, 23 March, United Nations House, Beirut, 2010.
- TE VELDE, D. W., "Revitalizing services negotiations at the WTO: Can technical assistance help?", Overseas Development Institute, December, London, 2005, pp. 20.
- TRACHTMAN, J. P., "Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation", Tufts University, Medford, 2002.
- UN MILLENNIUM PROJECT, Trade for Development - Achieving the Millenium Development Goals, TASK FORCE ON TRADE London, Earthscan, 2005.
- US DEPARTMENT OF COMMERCE, "Foreign Direct Investment in the United States, Suervey of current business", June, 1998, pp. 39-67.

WOLFE, R. Y COLLINS-WILLIAMS, T., "Transparency as a trade policy tool: The WTO's cloudy windows", 2009.

WOOLCOCK, S., "The Plurilateral Option?", *Global Governance Programme Policy Paper*, European University Institute, 2013.

WOUTERS, J. Y COPPENS, D., "Domestic Regulation within the Framework of GATS", Institute for International Law, K.U. Leuven, Working Paper Nro 93, May 2006, Leuven, 2006, pp. 56.

DOCUMENTOS GATT / OMC

GATT, Checklist of Issues Relating to a Services Classification List and Scheduling of Commitments, Doc. G-INT, 3 April 1991.

GATT, CONSULTATIVE GROUP OF EIGHTEEN, Report of the Consultative Group of Eighteen to the Council of Representatives, BISD 27th Supp., 71 (1979-1980), Doc. L/5066, 31 October 1980.

GATT, CONTRACTING PARTIES, Ministerial Declaration - Adopted on 29 November 1982, Thirty-Eighth Session - [22-30 November 1982], BISD 29th Supp., Doc. L/5066, 29 November 1982.

GATT, COUNCIL, Minutes of Meeting, Held in the Centre William Rappard on 6 - 8 and 20 November 1984, Doc. C/M/183, 10 December 1984.

GATT, GATT Services Meeting, International Trade Report, 25 October 1989, pp. 1368.

GATT, International Trade 1988-89 – Release Four - Pivotal Role of Services in expanding Merchandise trade and the development of Global Markets, Stressed in GATT Report, Doc. GATT/1463, 5 September 1989, pp. 1-2.

GATT, PREPARATORY COMMITTEE, Communication from Brazil - Addendum, Doc. PREP.COM(86)W/41/Rev.1/Add.1, 22 July 1986.

GATT, PREPARATORY COMMITTEE, Draft Ministerial Declaration - Revision, Doc. PREP.COM(86)W/41/Rev.1, 16 July 1986.

GATT, PREPARATORY COMMITTEE, Draft Ministerial Declaration, Doc. PREP.COM(86)W/41, 23 June 1986.

GATT, PREPARATORY COMMITTEE, Note on the Third Meeting, Doc. PREP.COM(86)3, 7 March 1986.

GATT, PRESS RELEASE, Ministerial Declaration on the Uruguay Round, Doc. GATT/1396, 25 September 1986.

GATT, Scheduling of Commitments-Examples Taken From Initial Offers, International Trade Report, 4 April 1991, Nota Preparatoria por la Secretaría del GATT, Doc. I-INIT, 21 May 1991, pp. 4777.

GATT, SERVICES, Draft Minutes of the Meeting Held on 24-26 March 1986, Doc. MDF/W/62, 25 April 1986.

GATT, SERVICES, Minutes of the Meeting Held on 12 November 1985, Doc. MDF/27, 10 de enero 1986.

GATT, SERVICES, Minutes of the Meeting Held on 17 October 1985, Doc. MDF/26, 13 de diciembre 1985.

GATT, United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930, Report by the Panel adopted on 7 November 1989, Doc. L/6439 - 36S/345, 16 January 1990, pp. 53.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC, Nota de la Secretaría, Doc. TN/CTD/W/33, 8 de junio 2010, pp. 117.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado, propuestas conjuntas de los países menos adelantados relativas al trato especial y diferenciado, Addendum, Doc. TN/CTD/W/4/Add.1, 1º de julio 2002.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO Y AYUDA PARA EL COMERCIO, Taller sobre ayuda para el comercio y servicios Nota de antecedentes preparada por la Secretaría, Doc. WT/COMTD/AFT/W/34, 29 de junio 2012, pp. 18.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC, Nota de la Secretaría, Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1, 21 de septiembre 2001.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, Aplicación de las Disposiciones Sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC. Examen de las Disposiciones Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado, Nota de la Secretaría, Corrigendum, Doc. WT/COMTD/W/196, 14 June 2013.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC: Disposiciones obligatorias y no obligatorias sobre trato especial y diferenciado, Nota de la Secretaría, Corrigendum, Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1/ADD.1/Corr.1, 4 de febrero 2002.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, Aplicación de las Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC: Examen de las Disposiciones Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado, Nota de la Secretaría, Addendum, Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.2, 21 de diciembre 2001.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, Aspectos de las negociaciones de la Ronda de Doha relativos al desarrollo, Nota de la Secretaría, Doc. WT/COMTD/W/143/Rev.5, 28 de octubre 2010, pp. 42.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, Aspectos de las negociaciones de la Ronda de Doha relativos al desarrollo, Nota de la Secretaría, Revisión, Doc. WT/COMTD/W/143/Rev.3, 22 de mayo 2007.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, Ayuda para el Comercio, Taller sobre ayuda para el comercio y servicios, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría, Doc. WT/COMTD/AFT/W/34, 29 de junio 2012, pp. 18.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, Compromisos Adicionales en virtud del artículo XVIII del AGCS, Nota de la Secretaría, Doc. S/CSC/W/34, 16 de julio 2002, pp. 34.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, Disposiciones no Obligatorias sobre Trato Especial y Diferenciado Establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC, Nota de la Secretaría, Addendum, Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.3, 4 de febrero 2002.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, Información acerca de la utilización de las disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado, Nota de la Secretaría, Addendum., Doc. WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.4, 7 de febrero 2002.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, Informe anual sobre las actividades de asistencia técnica y formación (1º de enero a 31 de diciembre de 2011), Doc. WT/COMTD/W/186, 25 de junio 2012.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2010, Nota de la Secretaría, Doc. WT/COMTD/W/172/Rev.1, 21 de enero de 2010 2010, pp. 86.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, La participación de las economías en desarrollo en el sistema mundial de comercio/ 2011, Nota de la Secretaría, Doc. WT/COMTD/W/181, 21 de octubre 2011, pp. 64.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, Plan Bienal de Asistencia Técnica y Formación 2010 – 2011, Revisión, Doc. WT/COMTD/W/170/Rev.1, 21 de octubre 2009, pp. 71.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, Plan Bienal de Asistencia Técnica y Formación 2012 – 2013, Revisión, Doc. WT/COMTD/W/180/Rev.1, 3 de febrero 2012, pp. 88.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO, Plan Bienal de Asistencia Técnica y Formación 2014 – 2015, Doc. WT/COMTD/W/200, 17 de octubre 2013, pp. 48.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE, Medio Ambiente y Servicios, Doc. WT/CTE/W/9, 8 de junio 1995, pp. 22.

OMC, COMITÉ DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE, Prácticas de solución de diferencias del GATT/OMC en relación con los apartados b), d) y g) del artículo XX del GATT, Nota de la Secretaría, Doc. WT/CTE/W/203, 8 de marzo 2002.

OMC, COMITÉ DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Adopción de los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el Párrafo 7 del Artículo XXIV del Acuerdo sobre Contratación Pública, tras su Verificación y Examen, conforme a lo dispuesto en el Párrafo 5 de la Decisión Ministerial de 15 de Diciembre de 2011 (GPA/112), Reunión formal de las Partes en el Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública celebrada en Ginebra a Nivel de Jefes de Delegación (30 de Marzo de 2012), Doc. GPA/113, 2 de abril 2012, pp. 448.

OMC, COMITÉ DE NEGOCIACIONES COMERCIALES, Conferencia de Manifestación de Intenciones sobre los Servicios, Informe del Presidente del CNC, Doc. JOB(08)93, 30 de julio 2008.

OMC, COMITÉ DE RESTRICCIONES POR BALANZA DE PAGOS, Suficiencia de las reservas. Nota de la Secretaría, Doc. WT/BOP/W/21, 12 de septiembre 2002.

OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, Declaración Ministerial de Bali, Adoptada el 7 de diciembre de 2013, Doc. WT/MIN(13)/DEC, 11 de diciembre 2013, pp. 2.

OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, Declaración Ministerial de Singapur, Adoptada el 13 de diciembre de 1996, Doc. WT/MIN(96)/DEC, 18 de diciembre 1996, pp. 9.

OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, Declaración Ministerial, Adoptada el 14 de noviembre de 2001, Cuarto período de sesiones, Doha, 9 - 14 de noviembre de 2001, Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, 20 de noviembre 2001.

OMC, CONFERENCIA MINISTERIAL, Programa de Trabajo de Doha, Declaración Ministerial - Adoptada el 18 de diciembre de 2005, Sexto período de sesiones, Hong Kong 13 - 18 de diciembre de 2005, Doc. WT/MIN(05)/DEC, 22 de diciembre 2005, pp. 14.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE MERCANCIAS, Art. X del GATT de 1994 – Alcance y Aplicación, Nota de la Secretaría, Doc. G/C/W/374, 14 de mayo 2002, pp. 10.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Modalidades para el Tratamiento de liberalización Autónoma, Doc. TN/S/6, 10 de marzo 2003.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado, Comunicación conjunta del Grupo Africano de la OMC. Revisión, Doc. TN/CTD/W/3/Rev.2 17 de julio 2002, pp. 38.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Elementos necesarios para la conclusión de las negociaciones sobre los servicios, Informe del Presidente, Doc. TN/S/34, 28 de julio 2008, pp. 5.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Información sobre el mercado y la reglamentación de interés para los proveedores de servicios, Comunicación de las Canada, Doc. TN/S/W/41, 25 de mayo 2005.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Informe del Presidente al Comité de Negociaciones Comerciales, Nota de la Secretaría, Corrigendum, Doc. TN/S/20, 11 de julio 2005.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, La aplicación de las modalidades para el trato especial de los países menos adelantados Miembros en las negociaciones sobre el comercio de servicios, Comunicación de las Comunidades Europeas, Doc. TN/S/W/54, 3 de octubre 2005, pp. 6.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Mecanismo para hacer efectivo el párrafo 3 del artículo IV del AGCS, Comunicación de la República de Zambia en nombre del Grupo de PMA, Doc. TN/S/W/59, 28 de marzo 2006, pp. 3.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Communication from Zambia on behalf of LDCs Draft Text for a Waiver Decision, Doc. JOB/SERV/18, 30 June 2010, pp. 3.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Oferta condicional revisada, Doc. TN/S/O/EEC/Rev.1, 29 de junio 2005, pp. 311.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Informe del Presidente del Consejo del Comercio de Servicios en Sesión Extraordinaria - Viernes 14 de marzo de 2014, Doc. TN/S/38, 21 de marzo 2014, pp. 2.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales, Negociaciones sobre el Comercio de Servicios, Doc. TN/S/36, 21 de abril 2011, pp. 1-77.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Modalidades para el trato de la liberalización autónoma, Adoptadas por la Sesión Extraordinaria del Consejo del Comercio de Servicios el 3 de marzo de 2003, Doc. TN/S/6, 10 de marzo 2003.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Modalidades para el Trato Especial de los Países Menos Adelantados Miembros en las negociaciones sobre el comercio de servicios. Adoptadas el 3 de septiembre de 2003, Doc. TN/S/13, 5 de septiembre 2003, pp. 3.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Negociaciones sobre el Comercio de Servicios - Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales, Doc. TN/S/36, 21 de abril 2011, pp. 77.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Negociaciones sobre el Comercio de Servicios - Informe del Presidente, Embajador Fernando de Mateo, al Comité de Negociaciones Comerciales a los efectos del balance en el CNC, Doc. TN/S/35, 22 de marzo 2010, pp. 5.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Noruega - Oferta revisada, Doc. TN/S/O/NOR/Rev.1, 17 de junio 2005, pp. 59.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN SESIÓN EXTRAORDINARIA, Nueva Zelanda - Oferta condicional revisada, Doc. TN/S/O/NZL/Rev.1, 17 de junio 2005, pp. 43.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Comunicación de China, la India, el Pakistán, el Perú y Tailandia - Compromisos liberales relativos al modo 4: Una solución beneficiosa para todos los Miembros, Sesión Extraordinaria, Doc. JOB(07)/175, 12 de noviembre 2007, pp. 6.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Comunicación de la Argentina, Bolivia, Chile, la República Popular China, Colombia, Egipto, Filipinas, Guatemala, la India, México, el Pakistán, el Perú, la República Dominicana y Tailandia, Liberalización propuesta del modo 4 en el marco de las negociaciones sobre el AGCS, Sesión Extraordinaria, Doc. TN/S/W/14, 3 de julio 2003, pp. 5.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Comunicación de la Unión Europea - Contribución al Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico - Autorizaciones y licencias : cómo fomentar el crecimiento del comercio electrónico mediante regímenes de autorización adecuados : el caso de la Unión Europea, Doc. S/C/W/348, 26 de septiembre 2012, pp. 3.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Comunicación de los Estados Unidos - Transparencia de la reglamentación nacional, Serie de reuniones extraordinarias, Doc. S/CSS/W/102, 13 de julio 2001, pp. 4.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Comunicación de Suiza - Cumplimiento de las prescripciones en materia de notificación establecidas en el AGCS, Doc. S/C/W/297, 13 de marzo 2009, pp. 7.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Decisión relativa a la Reglamentación Nacional, Adoptada por el Consejo del Comercio de Servicios el 26 de abril de 1999, Doc. S/L/70, 28 de abril 1999.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Decisión sobre la Notificación del Establecimiento de Servicios de Información y Puntos de Contacto, Adoptada por el Consejo del Comercio de Servicios el 28 de mayo de 1996, Doc. S/L/23, 26 de de junio 1996.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Decisión sobre las disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998, Doc. S/L/63, 15 de diciembre 1998, pp. 1.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Directrices para la Consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001, Doc. S/L/92, 28 de marzo 2001, pp. 43.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Directrices para los Acuerdos o Convenios de Reconocimiento Mutuo en el Sector de la Contabilidad, Doc. S/L/38, 28 de mayo 1997, pp. 7.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Directrices para los Acuerdos o Convenios de Reconocimiento Mutuo en el Sector de la Contabilidad - Revisión, Doc. S/L/38, 20 de mayo 1997, pp. 7.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios, reuniones extraordinarias, el 28 de marzo de 2001, Doc. S/L/93, 29 de marzo 2001.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Disciplinas relativas al sector de la contabilidad. Adoptado por el Consejo del Comercio de Servicios el 14 de diciembre de 1998, Doc. S/L/64, 17 de diciembre 1998, pp. 6.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Examen de las estadísticas sobre las corrientes Comerciales en el sector de los servicios - Compilación y disponibilidad de datos, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/329, 22 de diciembre 2010, pp. 28.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Examen de las estadísticas sobre las corrientes comerciales en el sector de los servicios - panorama general de las corrientes del comercio de servicios comerciales 2000-2010, Nota de la Secretaría, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/329/Add.1 2011, pp. 92.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Guías para Notificaciones previstas en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios el 1º de marzo de 1995, Doc. S/L/5, 4 de marzo 1995.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2004), Doc. S/C/22, 2 de diciembre 2004, pp. 13.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2008), Doc. S/C/30, 8 de diciembre 2008, pp. 6.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2009), Doc. S/C/32, 7 de octubre 2009, pp. 10.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2010), Doc. S/C/34, 19 de noviembre 2010, pp. 12.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2011), Doc. S/C/36, 11 de noviembre 2011, pp. 13.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2012), Doc. S/C/39, 7 de diciembre 2012, pp. 11.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2013), Doc. S/C/42, 30 de octubre 2013, pp. 11.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Informe Anual del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General (2014), Doc. S/C/44, 28 de noviembre 2014, pp. 13.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Informe de la reunión celebrada el 21 de septiembre de 1999, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/M/39, 15 de octubre 1999, pp. 19.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Informe de la reunión celebrada el 26 de noviembre de 2004, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/M/75, 3 de diciembre 2004, pp. 13.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Informe de la reunión celebrada el 27 de octubre de 2009, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/M/95, 5 de octubre 2009, pp. 13.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Informe de la reunión celebrada los días 5, 8 y 12 de octubre de 2001, Serie de reuniones extraordinarias, Nota de la Secretaría, Doc. S/CSS/M/12, 28 de noviembre 2001.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Informe de la reunión celebrada los días 19 y 20 de julio de 1999, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/M/38, 13 de septiembre 1999, pp. 17.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Informe de la reunión celebrada los días 23 y 24 de noviembre de 1998, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/M/31, 9 de diciembre 1998, pp. 11.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Iniciativas internacionales en materia de reglamentación en la esfera de los servicios, Nota documental de la Secretaría, Doc. S/C/W/97, 1 de marzo 1999, pp. 33.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Las Pruebas de Necesidades Económicas, Serie de Reuniones extraordinarias, Nota de la Secretaría, Doc. S/CSS/W/118, 30 de noviembre 2001.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Las Pruebas de Necesidades Económicas, Serie de Reuniones extraordinarias, Nota de la Secretaría, Addendum, Doc. S/CSS/W/118/Add.1, 16 de abril 2010.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Nota de antecedentes sobre Servicios de Telecomunicaciones, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/299, 10 de junio 2009, pp. 133.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Nota de antecedentes sobre Presencia de Personas Físicas (Modo 4), Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/301, 15 de septiembre 2009, pp. 35.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Nota de antecedentes sobre Servicios de Transporte Marítimo, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/315, 7 de junio 2010.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Nota de antecedentes sobre Suministro Transfronterizo (Modos 1 y 2), Doc. S/C/W/304, 18 de septiembre 2009, pp. 38.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Nota documental sobre Servicios de Contabilidad, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/316, 7 de junio 2010.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Nota documental. Servicios de Distribución, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/326, 29 de octubre 2010, pp. 38.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Notificación de conformidad con el párrafo 4 del art. VII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, Doc. S/C/N/619, 2 de marzo 2012, pp. 2.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Panorama general y evaluación de la evolución reciente del comercio de servicios, Nota documental de la Secretaría, Doc. S/C/W/94, 9 de febrero 1999, pp. 44.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Párrafo 4 del artículo VI del AGCS: Disciplinas en materia de reglamentación nacional para todos los servicios, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/96, 1 de marzo de 1999, pp. 12.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Párrafo 4 del artículo VI del AGCS: Disciplinas en materia de reglamentación nacional para todos los servicios, Nota de la Secretaría, Doc. S/C/W/96, 1 de marzo 1999, pp. 12.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Servicios de Información y Puntos de Contacto Notificados Al Consejo del Comercio de Servicios, Nota de la Secretaría - Revisión, Doc. S/ENQ/78/Rev.15, 4 de febrero 2015, pp. 26.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Servicios de Información y Puntos de Contacto Notificados Al Consejo del Comercio de Servicios, Nota de la Secretaría - Revisión, Doc. S/ENQ/78/Rev.9, 1 diciembre 2006, pp. 32.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Servicios de Ingeniería, Nota documental de la Secretaría, Doc. S/C/W/3334, 22 de febrero de 2011, pp. 26.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Servicios de Turismo, Nota documental de la Secretaría, Doc. S/C/W/298, 8 de junio de 2009, pp. 29.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Servicios postales y de mensajeros: Propuesta de documento de referencia, Comunicación De Las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, Serie de reuniones extraordinarias, Doc. TN/S/W/26, 17 de enero 2005, pp. 4.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Texto del "Acuerdo entre la Unión Internacional de Telecomunicaciones y la Organización Mundial del Comercio" propuesto, Nota de la Secretaría - Revisión, Doc. S/C/9/Rev.1, 15 de junio 2000.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS, Un ejemplo de prueba de necesidades Económicas, Serie de Reuniones extraordinarias, comunicación de la Republica de Corea, Doc. S/CSS/W/49, TN/S/W/56, 28 de noviembre 2005.

OMC, CONSEJO DEL COMERCIO DE SERVICIOS. SERIE DE REUNIONES EXTRAORDINARIAS, Participación creciente de los países en desarrollo en el comercio internacional de servicios: aplicación efectiva del artículo IV del AGCS, Comunicación de Cuba, el Pakistán, el Senegal, Sri Lanka, Tanzania, Uganda, Zambia y Zimbabwe, Doc. S/CSS/W/131, 6 de diciembre 2001, pp. 6.

OMC, CONSEJO GENERAL, Acta de la reunion de los días 17 y 19 de julio de 2000, Doc. Doc. WT/GC/M/57, 14 de septiembre 2000, pp. 66.

OMC, CONSEJO GENERAL, Labor posterior a Bali, Decisión de 27 de noviembre de 2014, Doc. WT/L/941, 28 de noviembre 2014, pp. 1.

OMC, CONSEJO GENERAL, Mecanismo de Transparencia para los Acuerdos Comerciales Regionales, Decisión de 14 de diciembre de 2006, Doc. WT/L/671, 18 de diciembre 2006, pp. 7.

OMC, Cuarto protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (telecomunicaciones básicas), Doc. S/L/20, 30 de abril 1996.

OMC, Decisión relativa a los servicios profesionales, Adoptada por el Consejo del Comercio de Servicios el 1º de marzo de 1995, Doc. S/L/3, 14 de abril 1995.

OMC, Directrices para la consignación en listas de los compromisos específicos en el marco del acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS), Adoptadas por el Consejo del Comercio, Doc. S/L/92, 28 de marzo 2001.

OMC, Directrices y procedimientos para las negociaciones sobre el comercio de servicios, Adoptadas por el Consejo del Comercio de Servicios, en su serie de reuniones extraordinarias, el 28 de marzo de 2001, Doc. S/L/93, 29 de marzo 2001.

OMC, GRUPO DE NEGOCIACIÓN SOBRE LAS NORMAS, Compendio de cuestiones relacionadas con los acuerdos comerciales regionales, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría - Revisión, Doc. TN/RL/W/8/Rev.1, 1 de agosto 2002, pp. 38.

OMC, GRUPO DE NEGOCIACIÓN SOBRE TELECOMUNICACIONES BÁSICAS, Servicios de Telecomunicaciones: Documento de Referencia, Doc. disponible en https://www.wto.org/spanish/Tratop_s/serv_s/telecom_s/tel23_s.htm, 24 de abril 1996.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE COMERCIO Y POLITICA DE COMPETENCIA, Principios Fundamentales de la OMC de trato nacional, trato de la nación más favorecida y transparencia, Nota de la Secretaría, Doc. WT/WGTCP/W/114, 1 de abril 1999, pp. 28.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE COMERCIO Y POLITICA DE COMPETENCIA, Principios fundamentales en un contexto de comercio y competencia, Nota de la Secretaría (versión final de un documento recibido de la Secretaría de la OCDE), Doc. WT/WGTCP/W/221, 6 de febrero 2003, pp. 20.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, "Medidas de Aplicación General" en los Acuerdos de la OMC, Doc. S/WPDR/W/47, 9 de febrero de 2012, pp. 1-12.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Comunicación de Australia, Doc. S/WPDR/W/1, 19 de julio 1999, pp. 2.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Comunicación de Australia, Necesidad y Transparencia, Doc. S/WPDR/W/8, 15 de setiembre 2000.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Comunicación de la Republica de Corea, La prueba de Necesidad, Doc. S/WPDR/W/9, 28 de septiembre 2000.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Comunicación de Singapur - El párrafo 5 del artículo VI del AGCS y su relación con las futuras disciplinas del párrafo 4 del artículo VI, Documento informal, Doc. JOB(03)/103, 11 de junio 2003, pp. 3.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Comunicación del Brasil y Filipinas - (sin título), Doc. JOB(06)/133, 2 de mayo 2006, pp. 6.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Comunicación del Brasil y Filipinas - (sin título) - Addendum, Doc. JOB(06)/133/Add.1, 15 de junio 2006, pp. 1.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Comunicación del Brasil, Colombia, Filipinas, Indonesia, el Perú y la República Dominicana, Elementos de un proyecto de disciplinas en materia de reglamentación nacional, Doc. JOB(06)/34, 24 de febrero 2006, pp. 6.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Comunicación del Grupo ACP - Principios favorables al desarrollo en las negociaciones relativas al párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Doc. JOB(06)/136, 2 de mayo 2006, pp. 5.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Comunicación del Grupo ACP - Principios favorables al desarrollo en las negociaciones relativas al párrafo 4 del artículo VI del AGCS - Revisión, Doc. JOB(06)/136/Rev.1, 19 de junio 2006, pp. 8.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Comunicación del Japón, Proyecto de anexo sobre la reglamentación nacional, Doc. JOB(03)/45/Rev.1, 2 de mayo 2003.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Comunicación del Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu - Disciplinas sobre transparencia en la reglamentación nacional en el sector de las telecomunicaciones, Doc. S/WPDR/W/36, 14 de septiembre 2005, pp. 5.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Cuestiones de reglamentación por sectores y modos de suministro, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/W/48, 13 de junio 2012, pp. 1-88.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Definiciones de prescripciones en materia de títulos de aptitud, procedimientos en materia de títulos de aptitud, prescripciones en materia de licencias, procedimientos en materia de licencias y normas técnicas, Comunicación Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, Doc. S/WPDR/W/37, 6 de octubre de 2005, pp. 7.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI - Propuesta de proyecto de texto, Comunicación de Australia; Chile; Colombia; Hong Kong, China; Corea; Nueva Zelanda y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, Doc. JOB(06)/193, 19 de junio de 2006.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Disciplinas propuestas sobre prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, Comunicación de Chile, la India, México, el Pakistán, el Perú y Tailandia, Doc. JOB(06)/160, 30 de mayo 2006, pp. 5.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS - documento de trabajo refundido, Nota del Presidente, Documento de trabajo, Doc. JOB(06)/225, 12 de julio 2006, pp. 12.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Informe de situación del Presidente, Doc. S/WPDR/W/45, 14 de abril 2011, pp. 60.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría, Documento de trabajo, Doc. JOB(01)/62/Rev.1, 10 de mayo 2001.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Ejemplos de medidas que deben estar comprendidas en las disciplinas en el marco del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal de la Secretaría - Revisión, Documento de trabajo, Doc. JOB(02)/20/Rev.10, 31 de enero 2005, pp. 38.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Ejemplos de medidas relacionadas con los procedimientos administrativos para la adquisición de visas o permisos de entrada, Comunicación de Colombia, Doc. S/WPDR/W/29, 7 de julio de 2004, pp. 5.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Elaboración de disciplinas sobre la reglamentación nacional para los sectores de los servicios jurídicos y los servicios de ingeniería, Comunicación Australia, Doc. S/WPDR/W/34, 6 de septiembre de 2005, pp. 10.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Elementos de los proyectos de disciplinas en materia de reglamentación nacional, Comunicación de Brasil, Colombia, Filipinas, el Perú y la República Dominicana, Doc. de sala, 26 de abril 2005.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Elementos iniciales de las modalidades para las negociaciones relativas a las disciplinas sobre la reglamentación nacional, Comunicación de Suiza, Doc. JOB(05)/68, 2 de mayo 2005.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Elementos propuestos para las disciplinas sobre prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, Comunicación de Chile, la India, México, el Pakistán y Tailandia, Doc. JOB(05)/50, 30 de marzo 2005.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Experiencia de México en relación con disciplinas aplicables a las normas y reglamentos técnicos referentes a servicios, Comunicación de México, Doc. S/WPDR/W/30, 24 de septiembre 2004, pp. 6.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional al Consejo del Comercio de Servicios (2014), Doc. S/WPDR/17, 17 de noviembre 2014, pp. 2.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional al Consejo del Comercio de Servicios (2006), Doc. S/WPDR/9, 20 de noviembre 2006, pp. 3.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional al Consejo del Comercio de Servicios (2007), Doc. S/WPDR/10, 13 de noviembre 2007, pp. 1.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional al Consejo del Comercio de Servicios (2011), Doc. S/WPDR/14, 24 de octubre 2011, pp. 2.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional al Consejo del Comercio de Servicios (2012), Doc. S/WPDR/15, 5 de diciembre 2012, pp. 1.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 1º de abril de 2009, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/40, 12 de mayo 2009, pp. 8.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 1º de julio de 2003, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/22, 22 de septiembre 2003, pp. 25.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 2 de octubre 2001, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/13, 21 de noviembre 2001.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 2 de octubre de 2000, Nota de la Secretaría, Doc. S/WDR/M/8, 17 de noviembre 2000, pp. 3.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 3 de diciembre de 2003, Doc. S/WPDR/M/24, 22 de enero 2004, pp. 19.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 3 de julio 2001, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/12, 16 de agosto 2001.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 11 de mayo de 2001, Doc. S/WPDR/M/11, 7 de junio 2001, pp. 14.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 12 de marzo de 2002, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/15, 10 de abril 2002, pp. 14.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 17 de setiembre de 2014, Nota de la Secretaría, Doc. S/WDR/M/62, 20 de octubre 2014, pp. 2.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 19 de octubre de 1999, Nota de la Secretaría, Doc. S/WDR/M/3, 18 de enero 2000, pp. 3.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 20 de marzo de 2001, Doc. S/WPDR/M/10, 10 de mayo 2001, pp. 13.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 22 de noviembre 2004, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/28, 25 de enero 2005.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 22 octubre 2002, Doc. S/WPDR/M/18, 3 de diciembre 2002.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 24 de febrero de 2003, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/20, 31 de marzo 2003, pp. 10.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 29 de noviembre de 2000, Doc. S/WPDR/M/9, 12 de marzo 2001, pp. 13.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada el 30 de septiembre de 2003, Doc. S/WPDR/M/23, 27 de noviembre 2003, pp. 16.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada los días 8 y 18 de febrero de 2005, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/29, 11 de julio 2005, pp. 37.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe de la reunión celebrada los días 20 y 23 de septiembre de 2005, Doc. S/WPDR/W/31, 21 de octubre 2005, pp. 13.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Informe del Presidente del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional al Consejo del Comercio de Servicios en Sesión Extraordinaria, Doc. JOB(05)/280, 15 de noviembre 2005, pp. 7.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Las Pruebas de Necesidad en la OMC, Doc. Doc. S/WPDR/W/27, 2 de diciembre 2003, pp. 1-18.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Las Pruebas de Necesidad en la OMC, Doc. S/WPDR/W/27/Add.1, 18 de enero 2011, pp. 1-31.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Líneas generales de la posición de los Estados Unidos sobre un proyecto de texto consolidado en el marco del Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional, Comunicación los Estados Unidos, Doc. JOB(06)/223, 11 de julio de 2006, pp. 4.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Necesidad y transparencia de la reglamentación nacional, Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, Doc. S/WPDR/W/14, 1 de mayo 2001, pp. 7.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Normas Técnicas en los Servicios, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/W/49, 13 de setiembre 2012, pp. 1-35.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Opiniones sobre la cuestión de la prueba de necesidad en las disciplinas relativas a la reglamentación nacional, Comunicación del Brasil, el Canadá y los Estados Unidos, Doc. S/WPDR/W/44, 22 de marzo de 2011, pp. 3.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Preocupaciones relacionadas con el comercio de las economías pequeñas y vulnerables en el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional - Revisión, Comunicación de Antigua y Barbuda, Barbados, Cuba, Dominica, El Salvador, Fiji, Granada, Guatemala, Honduras, Jamaica, Mauricio, Mongolia,

Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tabago, Doc. JOB(06)/66/Rev.1, 2 de mayo 2006, pp. 6.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Preocupaciones relacionadas con el comercio de las economías pequeñas y vulnerables en el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional - Segunda Revisión, Comunicación de Antigua y Barbuda, Barbados, Cuba, Dominica, El Salvador, Fiji, Granada, Guatemala, Honduras, Jamaica, Mauricio, Mongolia, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tabago, Doc. JOB(06)/66/Rev.2, 10 de julio 2006, pp. 6.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Propuesta de disciplinas sobre las normas técnicas en materia de servicios - Revisión, Comunicación de Suiza y México, Doc. S/WPDR/W/32/Rev.1, 28 de octubre 2005, pp. 7.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI del AGCS, Nota informal del Presidente, Documento de sala, 18 de abril 2007.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Proyecto - Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional de Conformidad con el Párrafo 4 del Artículo VI del AGCS, Segunda Revisión, Nota Informal del Presidente, Documento de Sala (Texto del Presidente del 2009), 20 de marzo de 2009.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Resultados de las Consultas de la Secretaría con Asociaciones Internacionales de Servicios Profesionales - Revisión, Nota informal de la Secretaría, Doc. Job(03)/126/Rev.4, JOB(03)/126/Rev.6, 15 de septiembre 2005.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Resumen de la reunión celebrada el 4 de diciembre de 2002, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPDR/M/19, 29 de enero 2003, pp. 6.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Resumen de la Reunion Informal celebrada el 9 marzo de 2006, Nota del Presidente, Doc. JOB(06)/65, 24 de marzo 2006.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Resumen de la reunión informal celebrada el 2 de mayo de 2006, Nota del Presidente, Doc. JOB(06)/157, 29 de mayo 2006, pp. 5.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Resumen de la Reunion Informal Celebrada los días 19 y 20 de junio de 2006, Nota del Presidente, Doc. JOB(06)/235, 14 de agosto 2006, pp. 14.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Resumen de los debates sobre la Lista recapitulativa de cuestiones para el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional - Revisión, Doc. JOB(02)/3/Rev.3, 3 de diciembre 2002, pp. 15.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL, Situación de las negociaciones sobre las disciplinas en materia de reglamentación de conformidad con el párrafo 4 de artículo VI del AGCS, Nota del Presidente, Doc. JOB(06)/37, 3 de marzo 2006, pp. 14.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE COMERCIO E INVERSIONES, Documento conceptual sobre salvaguardias por razones de Balanza de Pagos, Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, Doc. WT/WGTI/W/153, 28 de noviembre 2002, pp. 6.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE COMERCIO E INVERSIONES, Excepciones y salvaguardias por razones de balanza de pagos, Nota de la Secretaría, Doc. WT/WGTI/W/137, 26 de agosto 2002, pp. 19.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE COMERCIO E INVERSIONES, Transparencia, Nota de la Secretaría, Doc. WT/WGTI/W/109, 27 de marzo 2002, pp. 19.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA TRANSPARENCIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, Informe sobre la reunión celebrada los días 10 y 11 de octubre de 2002, Nota de la Secretaría, Doc. WT/WGTGP/M/15, 9 de enero 2003, pp. 17.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Acta de la reunión de 30 de noviembre de 2000, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/30, 22 de diciembre 2000, pp. 13.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Artículo XV del AGCS (Subvenciones): Preguntas formuladas por los Estados Unidos a los Miembros, Comunicación de los Estados Unidos, Doc. S/WPGR/W/59, 28 de mayo 2010.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Comunicación de Brunei Darussalam, Camboya, Filipinas, Indonesia, Malasia, Myanmar, Tailandia y Viet Nam - Medidas de salvaguardia urgentes (MSU) en los acuerdos comerciales regionales y bilaterales - Propuesta de debate específico, Doc. JOB/SERV/163, 18 de octubre 2013, pp. 2.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Comunicación de Brunei Darussalam, Filipinas, Indonesia, Malasia, Myanmar y Tailandia, Doc. JOB(04)/175, 24 de noviembre 2004.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Comunicación de Chile; Hong Kong, China; México; el Perú y Suiza - Propuesta de definición provisional de las subvenciones en el sector de los servicios, Doc. JOB(05)/96, 9 de junio 2005.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Comunicación de la Argentina y Hong Kong, China - Elaboración de disciplinas multilaterales aplicables a las subvenciones que tienen efectos de distorsión del comercio de servicios, Doc. S/WPGR/W/31, 16 de marzo 2009, pp. 6.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Comunicación de la India, Chile y México - Propuesta de programa de trabajo para la elaboración de disciplinas sobre las subvenciones, Doc. JOB/SERV/37, 24 de enero 2011, pp. 4.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Comunicación de la República de Chile - El Caso de las Subvenciones, Doc. MTN.GNS/W/10, 2 de abril 1996, pp. 3.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Contratación pública de servicios, Doc. S/WPGR/W/39, 12 de julio 2002.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Contratación pública de servicios, Doc. S/WPGR/W/42, 22 de mayo 2003.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Contratación pública de servicios, Doc. S/WPGR/W/52, 15 de junio 2005.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Contratación pública de servicios, Doc. S/WPGR/W/54, 20 de junio 2006, pp. 18.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros - Posibilidad de aplicar medidas de salvaguardia urgentes en el marco del AGCS, Doc. S/WPGR/W/41, 3 de marzo 2003.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Comunicación de los Estados Unidos - Conveniencia de un mecanismo de salvaguardia en la esfera de los servicios: Promoción de la liberalización del comercio de servicios, Doc. S/WPGR/W/37, 2 de octubre 2001, pp. 4.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Comunicación de los Estados Unidos - Medidas de salvaguardia urgentes, Doc. S/WPGR/W/17, 13 de marzo 1997, pp. 2.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Comunicación del Perú - Salvaguardias de Emergencia, Doc. S/WPGR/W/23, 21 de agosto 1997, pp. 2.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Disciplinas sobre subvenciones de conformidad con el artículo XV del AGCS, Doc. JOB/SERV/36, 2 de diciembre 2010.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Disposiciones en materia de salvaguardias en los acuerdos de integración económica - Lista refundida a 31 de julio de 2014

basada en las notificaciones presentadas a la OMC en virtud del Artículo V del AGCS, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/W/64, 4 de septiembre 2014, pp. 38.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Documento conceptual: Elementos de un posible proyecto acordado de normas sobre medidas de salvaguardia urgentes para el comercio de servicios (artículo X del AGCS), Comunicación de la ASEAN, Doc. S/WPGR/W/30, 14 de marzo 2000.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Ejemplos de situaciones en las que podrían aplicarse medidas de salvaguardia urgentes, Doc. S/WPGR/W/24, 3 de septiembre 1997, pp. 9.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Hacia una definición provisional de las subvenciones, Nota informal del Presidente, Doc. JOB(09)/96, 9 de septiembre 2009, pp. 11.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2010), Doc. S/WPGR/20, 8 de noviembre 2010.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2011), Doc. S/WPGR/22, 10 de noviembre 2011.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2012), Doc. S/WPGR/23, 29 de noviembre 2012.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2013), Doc. S/WPGR/24, 29 de octubre 2013.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe Anual del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios (2014), Doc. S/WPGR/25, 17 de noviembre 2014, pp. 2.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe de la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS, Doc. S/WPGR/21, 14 de abril 2011.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe de la reunión celebrada el 1º de febrero de 2010, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/67, 23 de abril 2010, pp. 16.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe de la reunión celebrada el 1º de octubre de 2012, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/79, 16 de octubre 2012, pp. 5.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe de la reunión celebrada el 7 de mayo de 2014, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/84, 18 de junio 2014, pp. 7.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe de la reunión celebrada el 10 de abril de 2006, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/55, 4 de mayo 2006, pp. 11.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe de la reunión celebrada el 18 de septiembre de 2014, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/85, 5 de noviembre 2014, pp. 7.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe de la reunión celebrada el 20 de junio de 2005, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/52, 7 de septiembre 2005, pp. 26.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe de la reunión celebrada el 20 de junio de 2013, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/81, 20 de agosto 2013, pp. 9.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe de la reunión celebrada el 20 de marzo de 2013, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/80, 24 de mayo 2013, pp. 6.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe de la reunión celebrada el 21 de junio de 2006, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/56, 4 de julio 2006, pp. 15.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe de la reunión celebrada el 24 de noviembre de 2010, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/71, 11 de febrero 2011, pp. 21.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe de la reunión celebrada el 25 de febrero de 2003, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/41, 12 de marzo 2003.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe de la reunión celebrada el 25 de febrero de 2014, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/83, 17 de abril 2014, pp. 9.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Informe de la reunión celebrada el 27 de abril de 1998, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/M/16, 10 de junio 1998, pp. 4.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Las subvenciones y el comercio de servicios, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/W/9, 6 de marzo 1996.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Medidas de Salvaguardia Urgentes previstas en el Artículo X, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/W/1, 6 de julio 1995.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Negociaciones de conformidad con el artículo X del AGCS - Elementos centrales que figuran en los documentos sobre medidas de salvaguardia urgentes - Guía de la documentación, Nota de la Secretaría, Doc. JOB/SERV/106, 22 de junio 2012.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Negociaciones sobre la Contratación Pública - Informe del Presidente del Grupo de Trabajo sobre las Normas del AGCS, Doc. S/WPGR/11, 30 de junio 2003, pp. 14.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Programa de trabajo para el intercambio de información sobre las subvenciones de conformidad con el artículo XV del AGCS, Nota informal del Presidente, Doc. JOB/SERV/1, 28 de enero 2010, pp. 6.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Resumen de los debates anteriores acerca de las negociaciones sobre contratación pública de conformidad con el artículo XIII, Nota Informal del Presidente, Doc. JOB(09)/114, 30 de septiembre 2009, pp. 24.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Síntesis de las Respuestas al Cuestionario sobre la Contratación Pública de Servicios, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPGR/W/20, 7 de julio 1997.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Subvenciones en los sectores de servicios – Información recogida en los exámenes de las políticas comerciales de la OMC, Nota documental de la Secretaría, Doc. S/WPGR/W/25, 26 de enero 1998, pp. 15.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Subvenciones en los sectores de servicios – Información recogida en los exámenes de las políticas comerciales de la OMC, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría – Addendum, Doc. S/WPGR/W/25/Add.5, 27 de marzo 2007, pp. 82.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Subvenciones para los sectores de servicios – Información contenida en la documentación de los exámenes de las políticas comerciales de la OMC, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría – Addendum, Doc. S/WPGR/W/25/Add.6, 18 de marzo 2013, pp. 119.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Subvenciones para los sectores de servicios – Información contenida en la documentación de los exámenes de las políticas comerciales de la OMC, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría – Revisión, Doc. S/WPGR/W/25/Add.7/Rev.1, 13 de enero 2015, pp. 187.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS NORMAS DEL AGCS, Subvenciones para los sectores de servicios – Información contenida en la documentación de los exámenes de las políticas comerciales de la OMC, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría – Addendum, Doc. S/WPGR/W/25/Add.7, 17 de abril 2014, pp. 193.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, Disciplinas sobre la Reglamentación Nacional en el Sector de la Contabilidad- Proyecto Proyecto, Doc. S/WPPS/W/21, 30 de noviembre 1998, pp. 9.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, Nota sobre la reunión celebrada el 28 de octubre, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPPS/W/7, 13 de noviembre 1996, pp. 2.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, Pertinencia de las disciplinas de los acuerdos sobre obstáculos técnicos al comercio y sobre procedimientos para el trámite de

licencias de importación a los efectos del párrafo 4 del Artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPPS/W/9, 11 de septiembre 1996, pp. 16.

OMC, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS SERVICIOS PROFESIONALES, Síntesis de las respuestas al cuestionario sobre el sector de la contabilidad, Nota de la Secretaría, Doc. S/WPPS/W/11, 5 de mayo 1997, pp. 24.

OMC, INSTRUMENTOS BÁSICOS Y DOCUMENTOS DIVERSOS, Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia, Adoptado el 28 de noviembre de 1979, Doc. L/4907, 1 de marzo 1980.

OMC, Programa de Trabajo de Doha, Decisión adoptada por el Consejo General el 1º de agosto de 2004, Doc. WT/L/579, 2 de agosto 2004.

OMC, Quinto protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (servicios financieros), Doc. S/L/45, 3 de diciembre 1997.

OMC, Segundo protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (servicios financieros), Doc. S/L/11, 24 de julio 1995.

OMC, SUBCOMITÉ DE PAÍSES MENOS ADELANTADOS, Acceso a los mercados para los productos y servicios cuya exportación reviste interés para los países menos adelantados, Nota de la Secretaría, Doc. WT/COMTD/LDC/W/5110, 10 de octubre 2011, pp. 48.

OMC, SUBCOMITÉ DE PAÍSES MENOS ADELANTADOS, Acceso a los mercados para los productos y servicios cuya exportación reviste interés para los países menos adelantados, Nota de la Secretaría, Doc. WT/COMTD/LDC/W/46, 23 de octubre 2009.

OMC, SUBCOMITÉ DE PAÍSES MENOS ADELANTADOS, Acceso a los mercados para los productos y servicios cuya exportación reviste interés para los países menos adelantados - Revisión, Nota de la Secretaría, Doc. WT/COMTD/LDC/W/42/Rev.1, 26 de febrero 2009.

OMC, Tercer protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (movimiento de personas físicas), Doc. S/L/12, 24 de julio 1995.

OMC, Trato preferencial a los servicios y los proveedores de servicios de los países menos adelantados, Decisión de la Conferencia Ministerial de Ginebra de 17 de diciembre de 2011, Doc. WT/L/847, 19 de diciembre 2011, pp. 3.

OMC, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, Disciplines on domestic regulation pursuant to GATS Article VI:4 - List of potential Technical Issues Submitted for Discussion, Unofficial room document, Doc. RD/SERV/68, 26 October 2012.

OMC, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, Disciplines on Domestic Regulations Pursuant to GATS article VI:4, Informal Note by the Chairman, Room document 464/98, 23 January 2008.

OMC, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4, Annotated Text, Room Document, Informal Note by the Chairperson, 14 March 2010.

OMC, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, Disciplines on domestic regulations pursuant to GATs article VI, Annotated Text, Room document, 14 de marzo 2010.

OMC, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, Revised Draft - Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4, 23 January 2008.

RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES DE SERVICIOS, Lista de clasificación sectorial de los servicios, Doc. MTN.GNS/W/120, 10 de marzo 1991, pp. 8.

RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, Comunicación de Brasil, Doc. MTN.GNS/W/3, 11 de marzo 1987.

RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, Comunicación de India, Doc. MTN.GNS/W/4, 11 de marzo 1987.

RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, Consignacion en listas de los Compromisos Iniciales en la esfera Comercio de Servicios. Nota explicativa, Doc. MTN.GNS/W/164, 3 de septiembre 1993, pp. 13.

RONDA URUGUAY, GRUPO DE NEGOCIACIONES SOBRE SERVICIOS, Nota sobre la reunión del 20 - 24 noviembre 1989, Doc. MTN.GNS/27, 22 de diciembre 1989.

RONDA URUGUAY, Guía para las Negociaciones en Compromisos Iniciales, Documento Informal Presentado al GNS por el Director General, 29 de Mayo 1991.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Communication from Argentina, Colombia, Cuba, Egypt, India, Mexico, Pakistan and Peru - Annex of Temporary Movement of Services Personnel, Doc. MTN.GNS/W/106, 18 June 1990.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Communication from Brazil - Elements for a Draft Framework Agreement on Trade in Services, Doc. MTN.GNS/W/86, 21 November 1989.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Communication from Brazil - Elements for a Possible Framework Agreement on Trade in Services, Doc. MTN.GNS/W/48, 19 October 1988.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Communication from Brazil, Chile, Colombia, Cuba, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Mexico, Peru, Trinidad and Tobago and Uruguay - Structure of a Multilateral Framework for Trade in Services, Doc. MTN.GNS/W/95, 26 February 1990.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Communication from New Zealand - Structure and Mechanism for a General Agreement on Trade in Services - Key Issues, Doc. MTN.GNS/W/72, 20 september 1989.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Communication from Peru - Elements of a Framework Agreement on Trade in Services, Doc. MTN.GNS/W/84, 20 November 1989.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Communication from Switzerland - General Agreement on Trade in Services - A Draft Blueprint, Doc. MTN.GNS/W/69, 15 September 1989.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Communication from the European Communities - Transparency, Doc. MTN.GNS/W/65, 20 July 1989.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Communication from the United States - Agreement on Trade in Services, Doc. MTN.GNS/W/75, 17 October 1989.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Definitions in the Draft General Agreement on Trade in Services, Note by the Secretariat, Doc. MTN.GNS/W/139, 15 October 1991.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Draft - Elements for a Draft which Would Permit Negotiations to Take Place for the Completion of All Parts of the Multilateral Framework, Doc. MTN.GNS/28, 28 December 1989.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Evaluating Offers in the Services Context, Note by the Secretariat, Doc. MTN.GNS/W/118, 2 July 1991.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Labour Movement and Trade in Services, Note by the Secretariat, Doc. MTN.GNS/W/104, 18 June 1990.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Multilateral Framework for Trade in Services, Introductory Note by the Chairman on the GNS Negotiations on a Framework Agreement, Doc. MTN.GNS/35, 23 July 1990.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Note on the meeting of 5-9 June 1989, Special Distribution, Doc. MTN.GNS/23, 11 July 1989.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Note on the meeting of 17-21 July 1989, Special Distribution, Doc. MTN.GNS/24, 28 August 1989.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Note on the meeting of 18-20 April 1989, Doc. MTN.GNS/22, 18 May 1989.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Note on the meeting of 18-22 September 1989, Special Distribution, Doc. MTN.GNS/25, 23 October 1989.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Note on the meeting of 18 December 1989, Special Distribution, Doc. MTN.GNS/29, 11 January 1990.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Note on the meeting of 20-24 November 1989, Special Distribution, Doc. MTN.GNS/27, 22 December 1989.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Note on the meeting of 23-25 October 1989, Special Distribution, Doc. MTN.GNS/26, 17 November 1989.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Reference list of Sectors, Note by the Secretariat, Doc. MTN.GNS/W/50, 9 June 1989.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, Report by The Chairman of the Group of Negotiations on Services to the Trade Negotiations Committee, Doc. MTN.GNS/W/130, 30 July 1991.

URUGUAY ROUND, GROUP OF NEGOTIATIONS ON SERVICES, The applicability of the GATS to tax measures, Note by the Secretariat, Doc. MTN.GNS/W/210, 1 December 1993.

URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE - GROUP OF NEGOTIATIONS ON GOODS (GATT), An Analysis of the Proposed Uruguay Round Agreement, with Particular Emphasis on Aspects of Interest to Developing Economies, GATT Secretariat, Doc. MTN.GNG/W/30, MTN.TNC/W/122, 29 November 1993.

URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, Declaration of the Countries of Latin America and the Caribbean at the V Latin American Consultation Meeting of SELA on the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, Doc. MTN.TNC/W/22, 23 July 1990.

URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations - Revision, Doc. MTN.TNC/W/35/Rev.1, 3 December 1990.

URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, Meeting at Ministerial Level, Palais des Congrès, Montreal (Canada), 5-9 December 1988, Doc. MTN.TNC/8(MIN), 17 January 1989.

URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, Meeting at Ministerial Level - Brussels, December 1990 - United States - Statement by Ambassador Carla A. Hills, United States Trade Representatives, Doc. MTN.TNC/MIN(90)/ST/24, 3 December 1990.

URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, Meeting on 13 January 1992 - Opening statement and concluding remarks by the Chairman, Doc. MTN.TNC/W/99, 15 January 1992.

URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, Mid-Term Meeting, Held in Montreal on 5 - 9 December 1988 and in Geneva on 5-8 April 1989, Doc. MTN.TNC/11, 21 April 1989.

URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, Thirty-Sixth Meeting : 15 December 1993, Doc. MTN.TNC/40, 21 December 1993.

URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, Trade Negotiations Committee - Tenth meeting: 20 December 1989, Doc. MTN.TNC/13, 23 January 1990.

URUGUAY ROUND, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, Trade Negotiations Committee Meeting at Ministerial Level, Montreal (Canada), December 1988, Doc. MTN.TNC/7(MIN), 9 December 1988.

WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, "Issues received from delegations for discussion at the informal meeting of the WPDR, July 2008", 25 June, 2008.

WTO, COUNCIL FOR TRADE IN SERVICES, SPECIAL SESSION, Categories of Natural Persons Subject to Commitments under Mode 4, Informal Note by the Secretariat, Doc. JOB(03)/195, 3 October 2003.

WTO, COUNCIL FOR TRADE IN SERVICES, SPECIAL SESSION, The Cluster Approach, Communication from the European Communities and their Member States, Doc. S/CSS/W/3, 22 May 2000.

WTO, TRADE NEGOTIATIONS COMMITTEE, Draft Final Act Embodying The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, Special Distribution, "Dunkel Draft", Doc. MTN.TNC/W/FA, 20 December 1991.

WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, Application of the Necessity Test: Issues for consideration, Informal Note by the Secretariat, Doc. Job No. 5929, 8 October 1999.

WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, Chairman's Note, Doc. JOB(01)/59, 27 April 2001.

WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, Checklist of Issues for WPDR, Informal Note by the Secretariat, Doc. JOB(01)/92 (5067/Rev.1), 19 June 2001.

WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4 - Annotated Text, Room Document, Informal Note by the Chairperson, 14 March 2010, pp. 79.

WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, Draft Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4, Second Revision, Room Document, Informal Note by the Chairman, 20 March 2009.

WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, Draft Disciplines on Domestic Regulation Pursuant to GATS Article VI:4, Room Document, Informal Note by the Chairman, 18 April 2007.

WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, Services-Related Regulatory Challenges Faced by Developing Countries, Note by the Secretariat, Doc. S/WPDR/W/51, 1 de marzo 2013, pp. 15.

WTO, WORKING PARTY ON DOMESTIC REGULATION, Textual proposal by India on qualification requirements and procedures, Unofficial room document, 2011.

WTO, WORKING PARTY ON GATS RULES, Communication from Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Malaysia, Myanmar, the Philippines, Thailand and Viet Nam - (Draft) Annex on Article X Emergency Safeguard Measures, Doc. JOB(07)/155, 19 October 2007, pp. 6.

WTO, WORKING PARTY ON GATS RULES, Communication from Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Malaysia, Myanmar, the Philippines, Thailand and Viet Nam - Documentation guide and summary of core elements contained in documents related - Revision, Doc. RD/SERV/79/Rev.1, 4 December 2012, pp. 6.

WTO, WORKING PARTY ON GATS RULES, Communication from Brunei Darussalam, Indonesia, Malaysia, Myanmar, the Philippines and Thailand - Further Thoughts on an Emergency Safeguard Mechanism, Doc. JOB(04)/4, 24 February 2004, pp. 11.

WTO, WORKING PARTY ON GATS RULES, Government procurement in services - Proposal by the European Union for work in the WPGR, Unofficial room document, Doc. RD/SERV/23, 24 september 2010, pp. 1.

WTO, WORKING PARTY ON GATS RULES, Summary of Main Views Expressed by Members on Emergency Safeguard Measures, Note by the Secretariat, Doc. JOB (06)/165, 2 June 2006.

WTO, WORKING PARTY ON PROFESSIONAL SERVICES (GTSP), Discussion of Matters Relating to Article XVI and XVII of the GATS in Connection with the Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector, Informal Note by the Chairman, Doc. Job No. 6496, 25 November 1998.

WTO, WORKING PARTY ON PROFESSIONAL SERVICES (GTSP), Note on the Meeting Held on 9 February 1999, Doc. S/WPPS/M/25, 5 March 1999.

WTO, WORKING PARTY ON PROFESSIONAL SERVICES (GTSP), Report to the Council for Trade in Services on the Development of Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector, Doc. S/GTSP/4, 10 December 1998.

DOCUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA / CE

UNIÓN EUROPEA, Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, Doc. 2005/36/CE 2005.

UNIÓN EUROPEA, Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de diciembre 2006.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa"", Doc. COM(2011) 900 final, 20 de diciembre, 2011.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Tercer examen estratégico del programa «Legislar mejor» en la Unión Europea", Doc. COM(2009) 15 final, 28.1.2009, Bruselas, 2009.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, Libro blanco sobre los servicios de interés general", Doc. COM(2004) 374, 12 de mayo, 2004.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno» - Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso", Doc. COM/2007/0725 final, 20 de noviembre, 2007.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL, Coherencia de las Políticas en favor del Desarrollo - Acelerar el avance para cumplir los Objetivos de Desarrollo del Milenio, Doc. COM (2005) 134 final, 12 de abril 2005.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Guía relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general y, en particular, a los servicios sociales de interés general, de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, de contratos públicos y de Mercado Interior, Doc. SEC(2010) 1545 final, 7 December 2010, pp. 84.

COMISIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS Y DE LOS PRODUCTOS BÁSICOS, UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO, La Participación creciente de los países en desarrollo mediante la liberalización del acceso a los mercados mediante el Modo 4 en el marco del AGCS relativo al movimiento de personas físicas proveedoras de servicios, Doc. TD/B/COM.1/EM.22/2, 18 de junio 2003, pp. 25.

COMISIÓN EUROPEA, "Petición de los Miembros de la OMC a la CE y sus Estados Miembros para mejorar el acceso a los mercados de los servicios, Documento de Consulta", versión 2, 2002, pp. 63.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, EU 2009 report on policy coherence for development, Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Doc. COM(2009) 461 final, Doc. SEC(2009) 1137 final, 17 de setiembre 2009.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Green Paper on Services of General Interest, Presented by the Commission, Doc. Com(2003) 270 final, 21 May 2003, pp. 63.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, White Paper on Services of General Interest, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Doc. Com(2004) 374 final, 12 May 2004, pp. 63.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITY, Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the state of the internal market for services presented under the first stage of the Internal Market Strategy for Services, Doc. COM (2002) 441 final, 30 July 2002.

EUROPEAN COMMISSION, "Questions and Answers on Behavioural Economics", MEMO/08/748, Bruselas, 2008.

UNIÓN EUROPEA, "Contratación pública de servicios, documento no oficial de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros", (documento sin signatura ni número), 13 de febrero, 1998.

DOCUMENTOS DE OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

ASEAN-CHINA, Agreement on Trade in Goods of the Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation between ASEAN and the People's Republic of China, 21 november 2004.

ONU, ASAMBLEA GENERAL, Cumplir la promesa: unidos para lograr los Objetivos de Desarrollo del Milenio, Sexagésimo quinto período de sesiones Temas 13 y 115 del programa, Doc. A/RES/65/1, 19 de octubre 2010.

ONU, ASAMBLEA GENERAL, Declaración del Milenio, Quincuagésimo quinto período de sesiones Tema 60 b) del programa, Doc. A/RES/55/2, 13 de septiembre 2000.

ONU, ASAMBLEA GENERAL, El derecho humano al agua y el saneamiento, Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010, Doc. A/RES/64/292, 3 de agosto 2010.

JURISPRUDENCIA GATT/OMC

Decisión de los árbitros, *Comunidades Europeas — Régimen para la importación, venta y distribución de bananos- y recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*, (CE — Banano, III), Doc. WT/DS27/ARB, 9 de abril de 1999

GATT, Working Party Report, GATT/CP.4/39, adopted 3 April 1950, *The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate*, (Australia — Ammonium Sulphate), Doc. BISD II/188, 31 March 1950

Informe de Grupo Especial, *China — Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, (China — Materias primas), Doc. WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 de julio de 2011

Informe del Grupo Especial (GATT), *Comunidad Económica Europea — Restricciones en la importación de manzanas de mesa*, (CEE — Manzanas de mesa), Doc. L/6491 - 36S/104, 18 de abril de 1989, adoptado el 22 de junio de 1989

Informe del Grupo Especial, *Argentina — Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados*, (Argentina — Pieles y cueros), Doc. WT/DS155/R, WT/DS155/R Corr.1, 16 de febrero de 2001

Informe del Grupo Especial, *Australia — Medidas que Afectan a la Importación de Salmón — Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Canadá*, (Australia — Salmón (párr. 5 del art. 21 — Canadá)), Doc. WT/DS18/RW, 18 de febrero de 2000

Informe del Grupo Especial, *Brasil — Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, (Brasil — Neumáticos recauchutados), Doc. WT/DS332/R, 12 de junio de 2007

Informe del Grupo Especial, *Canadá — Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, (Canadá — Automóviles), Doc. WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11 de febrero de 2000

Informe del Grupo Especial, *Canadá — Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*, (Canadá — Publicaciones), Doc. WT/DS31/R, 14 de marzo de 1997

Informe del Grupo Especial, *China — Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, (China — Publicaciones y productos audiovisuales), Doc. WT/DS363/R, 12 de agosto de 2009

Informe del Grupo Especial, *China — Determinadas medidas que afectan a los servicios de pago electrónico*, (China — Servicios de pago electrónico), Doc. WT/DS413/R, 16 de julio de 2012

Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas — Denominación comercial de sardinas*, (CE — Sardinas), Doc. WT/DS231/R, 29 de mayo de 2002

Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas — Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas* (CE — Productos derivados de las focas), Doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R, 25 de noviembre de 2013

Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas — Régimen de la importación, venta y distribución de bananos*, (CE — Banano, III), Doc. WT/DS27/R, 22 de mayo de 1997

Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, (Estados Unidos — Artículo 337), Doc. L/6439 - 36S/402, de 16 de enero de 1989, adoptado el 7 de noviembre de 1989

Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, (EEUU - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior), Doc. WT/DS152/R, 22 de diciembre de 1999

Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Determinadas medidas que afectan a las importaciones de aves de corral procedentes de China*, (Estados Unidos — Aves de corral (China)), Doc. WT/DS392/R, 29 de septiembre de 2010

Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente originarios del Japón*, (Estados Unidos - Acero laminado en caliente), Doc. WT/DS184/R, 28 de febrero de 2001

Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, (Estados Unidos — Atún II), Doc. WT/DS381/R, 15 de septiembre de 2011

Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales*, (Estados Unidos – Ropa Interior), Doc. WT/DS24/R, 8 de noviembre de 1996

Informe del Grupo Especial, *India — Medidas relativas a la importación de determinados productos agropecuarios (India — Productos agropecuarios)*, Doc. WT/DS430/R, 14 de octubre de 2014

Informe del Grupo Especial, *Japón — Medidas que afectan a la importación de manzanas*, (Japón — Manzanas), Doc. WT/DS245/R, 15 de julio de 2003

Informe del Grupo Especial, *Japón — Medidas que afectan a la importación de manzanas - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, (Japón — Manzanas), Doc. WT/DS245/RW, 23 de junio de 2005

Informe del Grupo Especial, *Japón — Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*, (Japón — Películas), Doc. WT/DS44/R, 31 de marzo de 1998

Informe del Grupo Especial, *México — Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*, (México – Telecomunicaciones), Doc. WT/DS204/R, 2 de abril de 2004

Informe del Grupo Especial, *Tailandia — Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, (Tailandia — Cigarrillos), Doc. DS10/R - 37S/222, de 5 de octubre de 1990, adoptado el 7 de noviembre de 1990

Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelanda*, (Australia — Manzanas), Doc. WT/DS367/AB/R, 29 de noviembre de 2010

Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Medidas que Afectan a la Importación de Salmón*, (Australia — Salmón), Doc. WT/DS18/AB/R, 20 de octubre de 1998

Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, (Canadá — Aeronaves), Doc. WT/DS70/AB/R, 2 de agosto de 1999

Informe del Órgano de Apelación, *Chile — Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*, (Chile — Bandas de precios), Doc. WT/DS207/AB/R, 23 de septiembre de 2002

Informe del Órgano de Apelación, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, (China — Publicaciones y productos audiovisuales), Doc. WT/DS363/AB/R, 21 de diciembre de 2009

Informe del Órgano de Apelación, *China — Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno*, (China — Tierras raras), Doc. WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, 26 de marzo de 2014

Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, (CE — Hormonas (Canadá)), Doc. WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 de enero de 1998

Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, (CE — Preferencias arancelarias), Doc. WT/DS246/AB/R, 7 de abril de 2004

Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Determinadas cuestiones aduaneras*, (CE — Determinadas cuestiones aduaneras), Doc. WT/DS315/AB/R, 13 de noviembre de 2006

Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*, (CE — Productos Avícolas), Doc. WT/DS69/AB/R, 13 de julio de 1998

Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, (CE — Amianto), Doc. WT/DS135/R/AB, 11 de marzo de 2001

Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, (Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna), Doc. WT/DS169/AB/R, WT/DS161/AB/R, 10 de enero de 2001

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, (Estados Unidos — EPO), Doc. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, 29 de junio de 2012

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Examen por extinción de los derechos antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistentes a la corrosión procedentes del Japón*, (Estados Unidos — Examen por extinción: acero resistente a la corrosión), Doc. WT/DS213/R/AB, 14 de agosto de 2003

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor* (Estados Unidos — Cigarrillos de clavo de olor), Doc. WT/DS406/AB/R, 4 de abril de 2012

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Medidas que Afectan al Suministro Transfronterizo de Servicios de Juegos de Azar y Apuestas*, (Estados Unidos — Juegos de azar), Doc. WT/DS285/AB/R, 7 de abril de 2005

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, (Estados Unidos – Gasolina), Doc. WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996

Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, (Estados Unidos — Camarones), Doc. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998

Informe del Órgano de Apelación, *India — Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, (India — Patentes (Estados Unidos)), Doc. WT/DS50/AB/R, 19 de diciembre de 1997

Informe del Órgano de Apelación, *Japón — Impuestos sobre las Bebidas Alcohólicas*, (Japón — Bebidas alcohólicas II), Doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 de octubre de 1996

Informe del Órgano de Apelación, *Japón — Medidas que afectan a los productos agrícolas*, (Japón — Productos agrícolas II), Doc. WT/DS76/AB/R, 22 de febrero de 1999

Informe del Órgano de Apelación, *México — Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, (México — Impuestos sobre los refrescos), Doc. WT/DS308/R, 6 de marzo de 2006

Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana — Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, (República Dominicana — Importación y venta de cigarrillos), Doc. WT/DS302/AB/R, 25 de abril de 2005

Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia — Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas*, (Tailandia — Cigarrillos (Filipinas)), Doc. WT/DS371/AB/R, 17 de junio de 2011

JURISPRUDENCIA DE OTROS ÓRGANOS

TJCE, Asunto 120/78 - “Cassis de Dijon” - Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, 20 de febrero de 1979