

Liberalización del Comercio de Servicios en el CAFTA: AGCS plus?

Luis Abugattas Majluf

Abril 2004

Introducción

Los países de América Latina y del Caribe se encuentran en la actualidad comprometidos en un complejo escenario de negociaciones comerciales que involucran la liberalización del comercio de servicios. Las negociaciones bajo el Artículo XIX del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), y aquéllas en los órganos subsidiarios del Consejo sobre el Comercio de Servicios (CCS), se vienen desarrollando en el marco del Programa de Trabajo de Doha en la Organización Mundial de Comercio (OMC). Al mismo tiempo, las negociaciones para el establecimiento del Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA) deben concluir, en principio, en el 2005; aunque el futuro del proceso es aún totalmente incierto. De manera paralela se vienen desarrollando otros procesos de negociación en los que participan países del hemisferio, tales como las negociaciones entre CARICOM y Canadá, MERCOSUR con la Unión Europea (UE), y CARICOM-UE en el marco del Acuerdo de Cotonou. Así mismo, recientemente se han suscrito acuerdos bilaterales entre los Estados Unidos con Chile y Centro América, el CAFTA, al que se ha acoplado la República Dominicana; y se ha anunciado la negociación de acuerdos bilaterales con Bolivia, Colombia, Ecuador, Panamá y Perú.

En el ámbito sub-regional los países vienen implementando la liberalización del comercio de servicios al interior de las diferentes agrupaciones de países. En la Comunidad Andina, según lo estipulado en las Decisiones 439 y 510 de la Comisión de la Comunidad Andina, la liberalización del comercio de servicios debe haberse perfeccionado para el 2005. De igual manera los países del MERCOSUR vienen desarrollando acciones en el marco del Protocolo de Montevideo tendientes a la liberalización del comercio de servicios. Por su parte CARICOM viene implementando las disposiciones del Capítulo III del Tratado de Chaguaramas con el objeto de garantizar la libre movilidad de capitales, servicios y personas al interior del bloque y el derecho a establecimiento. En el caso del Mercado Común de Centro América (MCCA) todavía no se ha adoptado un régimen para la liberalización del comercio de servicios, pero ya se cuenta con un instrumento que está siendo considerado por los Países Miembros.

Los diferentes procesos encaminados a la liberalización del comercio de servicios se encuentran estrechamente entrelazados configurando un entorno sumamente complejo en el cual deben desenvolverse los países de la región. En este marco la negociación de acuerdos bilaterales con los Estados Unidos constituye un elemento de gravitante importancia. La importancia de estos acuerdos radica tanto en su efecto sobre otras negociaciones y procesos; así como en el contenido mismo de

dichos acuerdos. En gran medida, los acuerdos bilaterales vienen extendiendo progresivamente el modelo de NAFTA para la liberalización del comercio de servicios, con algunas modificaciones, a toda la región. Estos acuerdos establecen precedentes y afectan los espacios de negociación de los países participantes en otros procesos de negociación, en particular en el ALCA en caso que dicho proceso continúe dentro del esquema originalmente concebido. Con respecto a su contenido es de esperar que en principio los acuerdos aspiren a la introducción de disciplinas que a la vez que les confieran individualidad con respecto a las normas y disciplinas multilaterales permitan refinar y aclarar algunos de los aspectos que evidentemente no están del todo claros en el AGCS y que han generado ya diferentes interpretaciones. Así mismo, los acuerdos regionales y bilaterales deberían ir mas allá, en varias áreas, de las obligaciones dimanantes del AGCS y abordar aquellos aspectos que la experiencia en el ámbito multilateral ha demostrado que requieren un mayor desarrollo para garantizar la eficacia de los compromisos de liberalización asumidos. Sin embargo, del análisis del contenido de los acuerdos bilaterales se desprende que estas condiciones no necesariamente se han alcanzado.

En esta nota se abordan algunos aspectos concernientes a las disciplinas sobre el comercio de servicios incorporadas en los acuerdos bilaterales suscritos con los Estados Unidos por algunos países de la región. No obstante que los acuerdos se han moldeado a la luz del NAFTA, existen algunas diferencias con dicho acuerdo y también entre los diferentes acuerdos bilaterales recientemente suscritos. No se pretende un análisis exhaustivo. El objetivo es analizar a la luz de las provisiones del AGCS, y de otros acuerdos vigentes en la región, las implicancias de algunas de las provisiones contenidas en los acuerdos bilaterales. El análisis se centra en el CAFTA haciendo referencia a otros acuerdos bilaterales en aquellos casos en que existen diferencias significativas. Para efecto del análisis se ha utilizado el marco lógico que informa, por lo general, los acuerdos para la liberalización del comercio de servicios. Los acuerdos se estructuran alrededor de cuatro componentes: (i) alcance y cobertura, (ii) los principios de liberalización que se incorporan en el acuerdo, (iii) el mecanismo para la adopción de compromisos, y (iv) las disciplinas conexas que se incorporan para garantizar la eficacia de los compromisos y salvaguardar algunas de las sensibilidades de los participantes. Dependiendo de la naturaleza de las disciplinas concernientes a estos temas se estructuran diferentes tipos de acuerdos para la liberalización del comercio de servicios.¹

1. Alcance y Cobertura

El alcance y la cobertura del acuerdo se definen por tres elementos: las medidas comprendidas bajo el acuerdo, la cobertura sectorial, y los modos de suministro comprendidos. Antes de analizar estos aspectos hay que resaltar el hecho que los acuerdos bilaterales introducen una diferencia de índole general con el AGCS. El AGCS "se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten el comercio de servicios" (Artículo I.1). En el marco del AGCS se ha producido alguna discusión sobre el alcance del termino "afecten" el comercio de servicios, dado que resulta difícil establecer una línea divisoria respecto al ámbito de aplicación de las disciplinas con respecto a las medidas comprendidas. La dificultad de interpretación ya se ha puesto en relieve en los primeros grupos especiales e inclusive en

¹ Este tema ha sido desarrollado en Abugattas, Luis y Stephenson, Sherry (2002); "Liberalization of Trade in Services: Options and Implications", en Diana Tussie (ed) Trade Negotiations in Latin America: Problems and Prospects.

recomendaciones del Organismo de Apelación (OA) que ha formulado interpretaciones muy amplias sobre el alcance de la palabra *afectan* denotando la intención de dar un amplio campo de aplicación al AGCS. Según recientes conclusiones del OA, la palabra *afectar* en su sentido corriente denota una medida que tiene *efecto sobre* y ello implica un amplio campo de aplicación superando, al igual que conclusiones equivalentes sobre interpretaciones en cuestiones del GATT, el alcance de términos tales como "regular" o "regir".² En los acuerdos bilaterales se ha incorporado la fórmula derivada del NAFTA, estableciendo que el Capítulo de servicios se aplica a las "medidas que adopte o mantenga una Parte que afectan el comercio transfronterizo de servicios por un proveedor de servicios de otra parte", ampliándose así mismo la lista indicativa de las medidas abarcadas establecida en el Artículo XXVIII del AGCS.³ En los acuerdos bilaterales se precisa que el acuerdo abarca las medidas que afecten el comercio mediante su efecto sobre el proveedor de servicios.⁴

La definición de medida incorporada en los acuerdos bilaterales es similar a la comprendida en el Artículo XXVIII del AGCS y la utilizada en algunos de los acuerdos sub-regionales vigentes, tales como la Decisión 439 de la Comunidad Andina y el Protocolo de Montevideo. Involucra todas las medidas, independientemente de su forma jurídica y del nivel de gobierno de que emanen, incorporando también las disposiciones de instituciones no gubernamentales con facultades delegadas por cualquier nivel de gobierno. No obstante, si bien es cierto que las medidas emanadas de los gobiernos locales son incorporadas en la definición de medida en los acuerdos bilaterales, en la práctica son excluidas de su alcance mediante una provisión expresa.⁵ En este sentido los acuerdos bilaterales tienen un alcance más limitado que el AGCS, en el cual las medidas en el ámbito de gobierno local se encuentran comprendidas en los compromisos específicos de los Países Miembros. Mas aún, en las reservas inscritas por los Estados Unidos en el Anexo I sobre medidas no conformes, ha reservado para todos los sectores las medidas disconformes en todos los Estados, el Distrito de Columbia y Puerto Rico en el ámbito de gobierno regional. Por lo tanto la cobertura en este caso se limita a medidas emanadas del Gobierno Federal incrementando la discrepancia con la cobertura del AGCS.

Exclusiones y reservas

² El análisis sobre el alcance del término "afectan" se ha producido en el contexto de los casos EC-Bananas III y Canadá-Autos 2000. Para un análisis legal del concepto referirse a: Drager, Fidler, Correa, et.al (2003) Legal Review of the GATS from a Public Health Perspective, mimeo.

³ Se precisa que el acuerdo incluye medidas que afecten la producción, distribución, comercialización, venta y suministro de un servicio, y el otorgamiento de una fianza u otra forma de garantía financiera como condición para la prestación de un servicio. Así mismo, se reformula lo establecido en el Artículo XXVIII c) ii) del AGCS precisando que incluye medidas que afecten el acceso y uso de sistemas de distribución y transporte, o de redes de telecomunicaciones y los servicios relacionados con el suministro de un servicio. Esta formulación precisa el alcance del acuerdo aun más que lo establecido en el NAFTA.

⁴ El alcance de esta precisión con respecto a medidas que afectan al consumidor

⁵ En el CAFTA el Artículo 11.6 sobre Medidas Disconformes establece que las obligaciones sustantivas del capítulo no se aplican a cualquier medida disconforme existente que sea mantenida por una Parte en un gobierno a nivel local.

Los acuerdos bilaterales han excluido de la cobertura "los subsidios o donaciones otorgados por una Parte, incluyendo los préstamos, garantías y seguros apoyados por el Estado".⁶ En esta área igualmente se observa, en estos acuerdos, un alcance más limitado que el establecido en el AGCS. Los subsidios se encuentran comprendidos bajo el alcance del AGCS en cuyo marco un Miembro que comprometa trato nacional, si no inscribe la reserva expresa con respecto a los subsidios, deberá dar el mismo trato a los proveedores de servicios extranjeros.⁷ Adicionalmente, el Artículo XV del AGCS dispuso negociaciones para establecer disciplinas con miras a elaborar disciplinas multilaterales necesarias para evitar distorsiones en el comercio de servicios. La exclusión de los subsidios del alcance del acuerdo significa eliminar aun la posibilidad de desarrollar disciplinas para evitar los efectos perversos sobre el comercio de servicios. La racionalidad económica que sustenta las disciplinas sobre subsidios en el caso de bienes tiene plena validez para el caso del comercio de servicios, por lo que esta exclusión es difícilmente justificable.

Una exclusión que se encuentra en todos los acuerdos para la liberalización del comercio de servicios es la referida a los "servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales" reflejando lo establecido en el Artículo I:3 (b) del AGCS. Para que un servicio esté amparado por esta exclusión no basta que sea suministrado por el Estado, deben satisfacerse tres condiciones: Ser suministrado en ejercicio de autoridad gubernamental, no sobre una base comercial, y no en competencia con uno o más proveedores. El alcance de esta exclusión ha sido motivo de debate en el marco del AGCS no quedando claro si basta cumplir una de las condiciones para la exclusión o si las tres condiciones deben ser satisfechas simultáneamente. Así mismo, existen diferentes interpretaciones con respecto a lo que significa "suministrado en condiciones comerciales". La Secretaría de la OMC admite que "no está completamente claro qué significa el término *en condiciones comerciales*".⁸ Igualmente, la noción de no ser suministrado en competencia con uno o más proveedores de servicios está bajo escrutinio.⁹ En los acuerdos bilaterales no se ha incorporado mayor claridad al respecto limitándose a reproducir lo establecido en el AGCS transfiriendo al ámbito bilateral los problemas de interpretación existentes. No obstante, mediante las reservas registradas en el respectivo Anexo en los acuerdos bilaterales las partes han salvaguardado lo que podría comprender servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales.¹⁰

Los acuerdos bilaterales, al igual que otros acuerdos sobre servicios, excluyen parte de los servicios de transporte aéreo. Estos acuerdos excluyen los servicios de transporte aéreo nacional e internacional, regulares y no regulares, así como los servicios relacionados a los servicios de transporte aéreo. Sólo incluyen los servicios de reparación y mantenimiento de aeronaves durante el período en que se retira una

⁶ Artículo 11.1 del CAFTA. El Acuerdo con Chile precisa adicionalmente que quedan excluidos los subsidios y donaciones por una empresa del Estado.

⁷ En el contexto de las discusiones en el Grupo de Trabajo sobre Reglas del AGCS algunos Miembros han sugerido que los subsidios no están comprendidos bajo las disciplinas generales ni en los compromisos específicos asumidos por los Miembros.

⁸ WTO S/CW/46

⁹ Por ejemplo en una Nota sobre servicios de salud la Secretaria de la OMC ha opinado que la provisión de tratamiento medico y hospitalario directamente por el Estado libre de costo estaria cubierto por el Artículo I:3 ©, pero que dicha provisión no se aplica a un sistema de salud donde existen proveedores públicos y privados. Referirse a: WTO S/C/W/50

¹⁰ Aplicación de la Ley y servicios de rehabilitación, seguro de ingresos, seguro o seguridad social, bienestar social, educación publica, capacitación publica, salud, y servicios de agua y alcantarillado.

aeronave de servicio, y los servicios aéreos especializados.¹¹ El alcance de esta exclusión sería más amplio que la establecida en el Anexo sobre servicios de transporte aéreo al AGCS. El AGCS excluye las medidas que afecten a los derechos de tráfico y los servicios directamente relacionados con el ejercicio de los derechos de tráfico. El AGCS no define "los servicios directamente relacionados con el ejercicio de derechos de tráfico". No obstante, en las negociaciones bajo Artículo XIX algunos Miembros en sus peticiones iniciales han incorporado una amplia gama de servicios adelantando una interpretación del alcance de esta exclusión, que sería significativamente más limitada que la que se desprende de la noción de servicios relacionados de apoyo a los servicios aéreos incorporada en los acuerdos bilaterales.¹² Adicionalmente, el AGCS incorpora expresamente la venta y comercialización de servicios de transporte aéreo y los servicios de sistemas de reservas informatizados (SRI) bajo su cobertura. En el marco del AGCS los servicios de transporte aéreo son examinados periódicamente, por lo menos cada cinco años, con miras a considerar la posibilidad de una mayor aplicación del acuerdo a este sector. En los acuerdos bilaterales el alcance de la exclusión es de carácter permanente.

Los acuerdos bilaterales permiten la exclusión de sectores, subsectores o actividades de las obligaciones sustantivas del capítulo sobre servicios en la medida que estos sean inscritos en el respectivo Anexo.¹³ En este caso se podrá introducir nuevas medidas disconformes en el futuro. El alcance de esta disposición, y de las reservas inscritas, deberá evaluarse en su oportunidad al igual que el total del acuerdo a la luz del Artículo V del AGCS. La complejidad de la evaluación de la compatibilidad de acuerdos para la liberalización del comercio de servicios con las provisiones del Artículo V ha sido destacada en la literatura. Llama la atención, sin embargo, la naturaleza de algunas de las reservas incorporadas en el CAFTA y en los otros acuerdos bilaterales. Con respecto a acceso al mercado, los Estados Unidos por ejemplo, han reservado, para todos los sectores, el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que no sea contraria a sus obligaciones bajo el Artículo XVI del AGCS. Con esta reserva se limita y equipara el alcance de los compromisos en el acuerdo bilateral a los compromisos ya asumidos por ese país en el marco del AGCS, y de cierta manera convierte la lista negativa en una lista positiva para el caso de compromisos de acceso a mercado.¹⁴ De igual manera, en el respectivo acuerdo bilateral, Australia ha reservado el derecho de adoptar o mantener cualquier medida con respecto a un proveedor de servicios de los Estados Unidos mediante la presencia de personas naturales que no sea contraria a sus obligaciones bajo Artículo XVI en el AGCS.

¹¹ Estos últimos son cualquier servicio aéreo que no sea de transporte, salvo el transporte de troncos y para la construcción y otros servicios aéreos vinculados a la agricultura, industria y de inspección. Dada la amplitud de las reservas inscritas sobre transporte aéreo en el CAFTA, y los requisitos de reciprocidad establecidos, los servicios de transporte aéreo han sido para todo efecto práctico excluidos del acuerdo.

¹² En particular las solicitudes presentadas por las Comunidades Europeas incorporan un número de servicios auxiliares al transporte aéreo.

¹³ Artículo 11.6 Párrafo 2 del CAFTA. Las reservas se inscriben en el Anexo II

¹⁴ Como se analiza más adelante la noción de acceso a mercado en los acuerdos bilaterales difiere de la del AGCS. En el primer caso es referida a medidas cuantitativas no-discriminatorias, mientras que en el segundo se refiere a medidas discriminatorias.

El Capítulo sobre comercio transfronterizo no se aplica a los servicios financieros, banca y seguro, los cuales son cubiertos por un capítulo específico para estas actividades. Este no es el caso de las telecomunicaciones, que si bien es cierto cuentan también con un capítulo específico, no están expresamente excluidas de los alcances del capítulo sobre servicios por lo que sí quedaría sujeto a sus provisiones en lo pertinente, prevaleciendo sin embargo el capítulo sobre telecomunicaciones sobre cualquier otro capítulo del acuerdo.¹⁵ En esta nota no se analizan los capítulos sectoriales de los acuerdos bilaterales. Sin embargo cabe señalar que en principio éstos apuntan a una amplia liberalización; no obstante se han registrado un número importante de medidas disconformes con respecto a estas actividades por lo que se tiende a consolidar en la práctica el *status quo*. Los capítulos comprenden obligaciones significativas con respecto a aspectos de regulación doméstica y transparencia. Las compras públicas no están cubiertas por el capítulo sobre servicios en virtud de que el capítulo sobre compras públicas cubre tanto bienes como servicios. En este campo los acuerdos bilaterales definitivamente van más allá que el AGCS en el marco del cual se viene negociando posibles disciplinas para las compras públicas según lo dispuesto por el Artículo XIII del AGCS.

Modos de Suministro

Con respecto a los modos de suministro comprendidos en el acuerdo uno de los temas más contencioso en las negociaciones del ALCA ha sido si la presencia comercial debe incluirse en el capítulo sobre servicios o tratada en el capítulo sobre inversiones. En los acuerdos bilaterales siguiendo la tradición del NAFTA se limita el capítulo sobre servicios al comercio transfronterizo de servicios, remitiendo el tratamiento de la presencia comercial, Modo 3 según el AGCS, al capítulo sobre inversiones. Es evidente que las disciplinas sobre inversión en los acuerdos bilaterales recientes han evolucionado con respecto a la formulación original del NAFTA. Es necesario señalar, con respecto al debate suscitado en el ALCA sobre la ubicación del establecimiento comercial, que lo que es realmente relevante son las disciplinas que se aplicaran al establecimiento comercial y no necesariamente la ubicación en el marco general del acuerdo. Ambas formulas permiten alcanzar compatibilidad con el Artículo V del AGCS y lograr los diferentes objetivos que al respecto tengan los países.

Inversiones (Modo 3)

En el capítulo sobre inversión las obligaciones generales hacia el inversionista y la inversión, tal como es definida, comprenden, además del trato nacional y la Nación Más Favorecida (NMF), el "estándar mínimo de tratamiento", comprometiéndose a las Partes a un trato "justo y equitativo" y a garantizar "protección plena y seguridad" de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. El inversionista y la inversión en actividades de servicios se encuentran cubiertos adicionalmente, por referencia expresa en los acuerdos bilaterales, por las disciplinas sobre regulación doméstica del capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios.¹⁶ Sin embargo, como se discute *infra* el alcance de las disciplinas sobre regulación doméstica en los acuerdos bilaterales es más limitado que en el caso del AGCS. Es

¹⁵ Costa Rica no está sujeta a las obligaciones del Capítulo sobre Telecomunicaciones. Los compromisos particulares de Costa Rica están comprendidos en el Anexo 13.

¹⁶ Nota a pie de página al Artículo 11.1:3 del CAFTA y del acuerdo con Chile.

importante destacar el hecho que los acuerdos excluyen del mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado todas las disposiciones del capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios, y explícitamente, entre otros artículos, el referente a regulación doméstica.¹⁷ Esta exclusión puede ser muy relevante en términos de salvaguardar el derecho de los países a regular los servicios, derecho explícitamente consagrado en el AGCS. Al respecto, debe tenerse en cuenta que en el caso del NAFTA debido a la interpretación dada de algunas de sus provisiones en controversias inversionista-estado se ha cuestionado, en algunos casos, el derecho mismo a regular de los Estados.¹⁸

El Artículo XIX:2 del AGCS explícitamente reconoce el derecho de los países en desarrollo de fijar condiciones cuando otorguen acceso a sus mercados a los proveedores extranjeros de servicios encaminadas al logro de los objetivos a que se refiere el Artículo IV. En términos generales los requisitos de desempeño son un instrumento que ha sido utilizado por los países para promover objetivos de desarrollo; en particular para promover la transferencia de tecnología y las externalidades positivas que pueda generar la presencia de proveedores extranjeros de servicios en su territorio. Así mismo, es un instrumento que puede coadyuvar a la consecución de objetivos sociales, como el "servicio universal" en determinadas actividades de alto impacto en la calidad de vida, entre otros, los servicios ambientales, y otros servicios de carácter infraestructural. El capítulo de inversión en los acuerdos bilaterales proscribió cualquier requisito de desempeño, salvo las reservas que cada Parte inscriba, renunciando los países de esta manera a un derecho consagrado en el AGCS. Las disciplinas sobre requisitos de desempeño se aplican a todas las inversiones en el territorio de las Partes, independientemente del país de origen de dichas inversiones.¹⁹ Las implicancias jurídicas, y su posible efecto sobre otros foros de negociación, de este compromiso involucrando terceros países no Partes del acuerdo deben ser cuidadosamente sopesada.

Modo 1

Con respecto a la provisión de servicios del territorio de una parte al territorio de otra parte (Modo1) los acuerdos bilaterales incorporan obligaciones adicionales a las contenidas en el AGCS mediante la inclusión de un capítulo sobre Comercio Electrónico.²⁰ Este capítulo se aplica a la provisión electrónica de servicios los cuales están sujetos igualmente, según corresponda, a las obligaciones contenidas en los capítulos de inversiones, comercio transfronterizo de servicios y el capítulo sobre servicios financieros, sujeto a cualquier medida disconforme o excepciones aplicables a dichas obligaciones. Las obligaciones específicas que se desprenden del capítulo sobre comercio electrónico son, entre otras: la proscripción de la aplicación de tarifas u otros derechos o cargas a, o en relación con, la importación o exportación de "productos electrónicos", independientemente de si ellos son transmitidos vía electrónica o fijados en un medio material, consolidando de esta manera la moratoria propuesta por los Estados Unidos en la OMC; y, el trato no-discriminatorio -NMF y trato nacional- a dichos productos. El comercio electrónico y el alcance y la naturaleza de posibles disciplinas multilaterales es un tema que aún se encuentra en debate en la OMC. La definición de productos electrónicos incorporada en los

¹⁷ El Acuerdo con Australia, a diferencia de los otros acuerdos bilaterales suscritos por los Estados Unidos, no incorpora obligaciones con respecto a solución de diferencias Inversionista-Estado.

¹⁸ Este tema es analizado en IIDS (2001) Derechos Privados Problemas Públicos.

¹⁹ Artículo 10.1:2 del CAFTA

²⁰ Capítulo 14 en el caso del CAFTA.

acuerdos bilaterales es sin perjuicio de las discusiones la OMC con respecto a si los productos transmitidos electrónicamente constituyen comercio de bienes o de servicios.

Modo 2

Con respecto a consumo en el exterior (Modo 2) los acuerdos bilaterales han incorporado la formulación del NAFTA que tiene una sutil pero importante diferencia con la contenida en el AGCS. Consumo en el exterior se define como la prestación de un servicio "en el territorio de una Parte *por personas de esa Parte* a personas de otra Parte". En el AGCS el Modo 2 se define como el suministro de un servicio en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro. En el AGCS no existe calificación alguna del prestador suministrando el servicio a consumidores de otros Miembros. La fórmula incorporada en los acuerdos bilaterales limitaría el alcance del Modo 2, y por lo tanto del acuerdo, en relación con lo establecido en el AGCS. Sólo las transacciones entre un proveedor de la Parte en cuyo territorio se presta el servicio y consumidores de la otra parte están cubiertas por él capítulo.

La formulación incorporada sobre consumo en el exterior deriva, en parte, del hecho que el capítulo sobre servicios no incluye el suministro de un servicio en el territorio de una Parte por un inversionista de otra Parte. Por lo tanto, es evidente que la prestación de un servicio a un consumidor de la Parte A, en el territorio de la Parte B por un proveedor de servicios del país C, y aun de la misma Parte A, establecidos en B no estaría cubierta por el capítulo, sino más bien por el capítulo de inversiones. En este contexto la definición de "personas de esa Parte" deviene en crucial para evaluar los alcances del Modo 2 en tanto comercio transfronterizo de servicios. El término como tal no se define en los acuerdos. Los acuerdos bilaterales en el Artículo sobre definiciones incorporan la definición de *empresa de una Parte y proveedor de servicios de una Parte*. El segundo caso no contribuye a aclarar el alcance de la formulación ya que se define como "una persona de la Parte que pretenda suministrar o suministra un servicio". Queda por lo tanto la definición de empresa de una parte que es "una empresa constituida u organizada de conformidad con la legislación de esa parte, y las sucursales localizadas en el territorio de una Parte, y que lleven a cabo actividades comerciales en ese territorio"²¹. Por lo tanto lo que quedaría excluido de los alcances del Modo 2 en los acuerdos bilaterales, y que sí está incluido en los alcances del Modo 2 en el AGCS, es la prestación de servicios a consumidores de una parte (A) en el territorio de la otra Parte (B) mediante la presencia temporal de personas naturales de una parte distinta a aquella en cuyo territorio se presta el servicio (A).

Modo 4

Con respecto al movimiento temporal de personas naturales o físicas prestadores de servicios (Modo 4) el AGCS cubre todas las modalidades de movimiento y todas las categorías de prestadores de servicios con cualquier nivel de calificación. Los compromisos de los Miembros de la OMC con respecto a este modo de prestación se refieren a la admisión temporal en su territorio de ciudadanos de otros Miembros, y en determinadas circunstancias de extranjeros residentes

²¹ Según lo establecido en el Párrafo 6 del Artículo V del AGCS los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro que sean personas jurídicas constituidas con arreglo a la legislación de una Parte de un acuerdo para la liberalización del comercio de servicios tendrán derecho al trato concedido en virtud de tal acuerdo, a condición de que realicen operaciones comerciales substanciales en el territorio de las partes en el acuerdo.

permanentes en otro Miembro, para prestar servicios, ya sea a personas naturales o jurídicas, en el país receptor. El AGCS no define lo que constituye temporalizado. La definición de esta modalidad de comercio de servicios se basa en la habilidad del prestador de servicios de cruzar fronteras para prestar el servicio, y no en las condiciones en que dicha movilidad tiene lugar; por lo tanto todas las posibilidades de movimiento temporal en principio están cubiertas por el AGCS. A pesar de no existir ninguna provisión en el AGCS que sugiera que el Modo 4 está limitado a alguna modalidad de movilidad temporal o nivel de calificación del prestador de servicios el alcance del Modo 4 ha sido objeto de diferentes interpretaciones en el contexto del AGCS.²²

Para muchos países de la América Latina y del Caribe las posibles oportunidades comerciales derivadas de un acuerdo para la liberalización del comercio de servicios radican en el Modo 4. Consecuentemente, los países de la región han dado prioridad a este modo de prestación en las peticiones presentadas a otros Miembros de la OMC en las negociaciones bajo Artículo XIX del AGCS, y es un tema sobre el cual se insiste en las negociaciones del ALCA. A pesar de la importancia que reviste lograr una liberalización efectiva de la movilidad temporal de personas naturales prestadores de servicios como mecanismo para incrementar la participación de los países de la región en el comercio internacional de servicios, los acuerdos bilaterales suscritos con los Estados Unidos, para todo efecto práctico, excluyen compromisos en esta área. Sin embargo, existen diferencias substanciales entre los acuerdos suscritos con Chile y Singapur, y los acuerdos suscritos posteriormente como el CAFTA, y los acuerdos con Australia y Marruecos.

En los acuerdos con Chile y Singapur, no obstante que no se logró avanzar significativamente en este campo, se incorporaron algunos compromisos limitados de parte de los Estados Unidos referidos a profesionales otorgando una cuota de 5,400 entradas por año a Singapur y 1,400 en el caso de Chile. Adicionalmente, se incorporó, tal como en el NAFTA, un capítulo sobre entrada temporal de hombres de negocios cubriendo, para todas las actividades económicas "visitantes de negocios", "comerciantes e inversionistas", "transferencias intra-corporativas" y "profesionales".²³ En los acuerdos con Chile y Singapur la entrada de personas naturales bajo cuota ha sido sometida a las mismas condiciones contempladas en los compromisos de los Estados Unidos en el marco del AGCS; y un aspecto importante con respecto al capítulo sobre entrada temporal de hombres de negocios es la precisión de que nada en dicho capítulo impone obligaciones o compromisos con respecto a otros capítulos del acuerdo, ni sobre asuntos migratorios. Por lo tanto las obligaciones se limitan a lo establecido en dicho capítulo, excluyendo cualquier aplicación al Modo 4 en la acepción contenida en el capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios. Se asume el compromiso de otorgar permiso de entrada a los visitantes de negocios, inversionistas y comerciantes y a las transferencias intra-corporativas sin requerir permiso de trabajo ni prueba de necesidad económica. En cambio para el caso de los profesionales se precisa el derecho de las partes de requerir el cumplimiento de las leyes de migración. La cobertura de servicios profesionales en

²² La Secretaria de la OMC (WTO S//C/W/75) y algunos analistas, por ejemplo, son de la opinión que aparentemente existiría un espacio de interpretación en el AGCS sobre si el empleo temporal de nacionales de otro Miembro en una empresa del país receptor está cubierto por el Modo 4 o no. Sin embargo, según opinión alternativa el Anexo sobre Movimiento Temporal de Personas Naturales Prestadores de Servicios, parte integrante del AGCS, no elimina en lo absoluto esta posibilidad.

²³ Capítulo 14 del Acuerdo USA-Chile.

el acuerdo con Chile es bastante limitada, se circunscribe a ajustador de reclamación de seguros, consultor en negocios, administrador agrícola y terapeuta físico.

Los acuerdos posteriores, entre ellos el CAFTA, excluyen completamente compromisos sobre la movilidad temporal de personas naturales prestadores de servicios, siendo por lo tanto de un alcance aún inferior a los compromisos asumidos en el marco del AGCS.²⁴ Con respecto a este tema un aspecto que debe ser evaluado en toda su dimensión es la limitación impuesta por el Congreso Norteamericano al Representante de Comercio de los Estados Unidos (USTR) para negociar acceso al mercado mediante este modo de suministro. En la oportunidad de considerar la legislación de implementación de los acuerdos con Chile y Singapur el Congreso dejó claramente sentado que no aceptaría otros acuerdos en los cuales se asuman compromisos con respecto a la entrada de personas naturales al territorio de los Estados Unidos. Además de los aspectos de compatibilidad con el artículo V del AGCS derivados del hecho de excluir para todo efecto práctico un modo de prestación del acuerdo; la exclusión del Modo 4 afecta seriamente el balance necesario en las concesiones que habría que lograr para incrementar la participación de los países de la región en el comercio de servicios. Adicionalmente, la ausencia de compromisos efectivos sobre movilidad temporal de personas naturales resta relevancia a las provisiones incorporadas sobre reconocimiento; las cuales en todo caso se limitan prácticamente a reproducir lo ya dispuesto en el Artículo VII del AGCS.

2. Principios de liberalización

Los acuerdos bilaterales incorporan cuatro obligaciones sustantivas referidas a la liberalización del comercio: Trato Nacional, NMF, Acceso a Mercado y Presencia Local. Estas constituyen obligaciones generales con efecto desde la fecha en que los acuerdos entren en vigor. Todos los sectores y modos de suministro se encuentran bajo el alcance de estas obligaciones, salvo las reservas de medidas disconformes que cada Parte haya inscrito en los respectivos anexos según lo establecido en los acuerdos.²⁵

Trato Nacional y NMF

En las negociaciones del ALCA la inclusión de trato nacional y NMF fueron elementos de consenso desde el inicio del proceso. Sin embargo, las discusiones se han centrado en la formulación de estos principios. Se han presentado dos propuestas: una pretende reproducir los principios tal como se encuentran en el AGCS, y la otra propone la fórmula del NAFTA. En los acuerdos bilaterales se ha incorporado la segunda fórmula. La diferencia fundamental radica en lo referente al criterio que informa si una Parte está cumpliendo sus obligaciones o no, lo cual constituye un elemento central y con importantes implicancias en futuros casos de solución de controversias. La formulación del AGCS, tanto en el caso del Artículo II como del XVII, contiene como elemento sustantivo la similitud de los servicios y los

²⁴ Estados Unidos ha consolidado una cuota de 64,000 ingresos al año mediante visas H1B referida a "speciality occupations". El status de las cuotas otorgadas a Chile y Singapur en relación con los compromisos asumidos en el AGCS, que deben ser aplicados bajo NMF, es un tema que amerita mayor análisis.

²⁵ En el caso del CAFTA corresponde al Anexo I, que incorpora tanto las medidas disconformes con él capítulo sobre inversiones como aquellas referidas al capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios.

prestadores de servicios. En el caso de la fórmula incorporada en los acuerdos bilaterales el elemento sustantivo, tanto para trato nacional como para NMF, constituye la similitud de las circunstancias en las que se realiza en comercio.

En el AGCS para evaluar el cumplimiento de las obligaciones habría que determinar en primer lugar que se trata de servicios y prestadores de servicios similares, y de ser el caso si el trato formalmente idéntico o formalmente diferente conferido modifica las condiciones de competencia a favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro que aplica la medida. En el caso de los acuerdos bilaterales habrá que determinar, adicionalmente, que las circunstancias en las que se está dando el comercio son similares. La formulación del AGCS inequívocamente evoca la incondicionalidad del tratamiento, en cambio la fórmula incorporada en los acuerdos bilaterales indicaría que el tratamiento sería exigible sólo si las circunstancias en las cuales se produce el comercio son similares. En el futuro los grupos de expertos en los procesos de solución de diferencias tendrán un amplio margen de discreción al evaluar la similitud de las circunstancias en las que se produce el comercio.

En el AGCS el trato NMF es amplio e incondicional, implicando el mejor trato otorgado a otro país Miembro o no de la OMC. El AGCS incorpora tres excepciones al trato NMF: Las excepciones inscritas en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II, en los casos de acuerdos de integración económica según lo dispuesto en el Artículo V, y en el caso de trato otorgado a países adyacentes con el fin de facilitar intercambios limitados a las zonas fronterizas contiguas, de servicios que se produzcan y consuman localmente. En los acuerdos bilaterales no existen excepciones al trato NMF. Sin embargo, cabe destacar el hecho que los acuerdos bilaterales permiten registrar medidas disconformes con respecto a NMF. En el respectivo Anexo todos los países han inscrito una reserva general con respecto a NMF, cubriendo todos los sectores, en relación con el trato favorable que se otorgue a terceros países al amparo de acuerdos bilaterales o multilaterales en efecto o suscritos antes de la entrada en vigor de los acuerdos bilaterales. Es decir los acuerdos no contemplan una excepción permanente a la NMF para amparar acuerdos que se puedan suscribir en el futuro al amparo del Artículo V del AGCS, tema ampliamente discutido en el marco de las negociaciones del ALCA. Sólo se ha reservado el derecho de otorgar en el futuro un trato preferente a terceros países en las áreas de aviación, pesca y asuntos marítimos, y en el caso del acuerdo con la República Dominicana este país ha reservado adicionalmente las telecomunicaciones, Costa Rica futuros acuerdos sobre industrias culturales, Nicaragua acuerdos sobre telecomunicaciones, espectro radio magnético, y transmisión de imágenes y audio vía satélite.

Adicionalmente las Partes en los acuerdos bilaterales han incorporado diferentes reservas al trato NMF, algunas sujetas a reciprocidad. Estas reservas se han incorporado de manera permanente en los anexos. En el caso del AGCS las exenciones a NMF inscritas en el Anexo al Artículo II en principio no deberán exceder de un plazo de 10 años y están actualmente sujetas a negociación según lo dispuesto por las Directrices y Procedimientos para las Negociaciones adoptadas por el CCS (S/L/93). La relación entre las medidas disconformes con trato NMF mantenidas en los acuerdos bilaterales y las obligaciones sobre NMF que derivan del AGCS debe ser cuidadosamente evaluada. En el futuro en el marco del AGCS sólo podrán existir excepciones al trato NMF en virtud del Artículo V y del párrafo 3 del Artículo II.

Acceso a Mercado

En los acuerdos bilaterales el trato nacional esta referido a todas las medidas discriminatorias, cuantitativas o no. En estos acuerdos las obligaciones referentes a acceso al mercado se refieren a las medidas cuantitativas no-discriminatorias enumeradas taxativamente en el capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios, que cubren tanto restricciones mediante contingente o límite numérico así como pruebas de necesidad económica. En relación con acceso al mercado, en el marco del AGCS, no podrán mantenerse ni implementarse medidas cuantitativas discriminatorias si se asumen compromisos específicos al respecto, salvo que se explicita la restricción en la Lista Nacional. Las medidas que limitan el acceso al mercado están taxativamente enumeradas en el Artículo XVI del AGCS. En el AGCS cualquier medida estrictamente no discriminatoria esta sujeta, en principio, solo a las disciplinas sobre regulación doméstica. En los acuerdos bilaterales todas las restricciones cuantitativas no-discriminatorias, tal como son definidas, quedan proscritas salvo que se inscriban en el respectivo Anexo de medidas disconformes. Como se ha señalado anteriormente los Estados Unidos en el CAFTA, y en otros acuerdos bilaterales, han inscrito una reserva en el respectivo Anexo cubriendo todos los sectores con respecto a acceso a mercado, salvaguardando así el derecho de mantener en el futuro todas las medidas cuantitativas no discriminatorias vigentes al suscribir los acuerdos y de poder adoptar tales medidas a futuro.

Presencia local

El cuarto principio de liberalización incorporado en los acuerdos bilaterales es el referido a presencia local. Este principio proviene igualmente del NAFTA, y proscribire los requisitos de presencia del proveedor de servicios en el territorio donde se presta o consume el servicio. Este principio se sustenta en que los proveedores de servicios deben tener la libertad de elegir el modo de prestación preferido para acceder a un determinado mercado, pudiendo de tal manera utilizar el medio más eficiente. La exigencia de presencia local podría forzar situaciones de sub-óptimo al obligar a los prestadores de servicios a utilizar una modalidad menos eficiente para suministrar un determinado servicio. Este principio atañe fundamentalmente al Modo 1 que viene experimentando un crecimiento significativo en el ámbito mundial e involucrando crecientemente una gama más amplia de servicios, y está orientado a la eliminación de requisitos de residencia, de establecimiento de una empresa, sucursal u oficina de representación en el territorio donde se presta el servicio, o la obligación de contar con un representante residente, entre otras medidas.

La obligación sobre presencia local en el caso de determinadas actividades de servicios debe evaluarse con cuidado debido al posible efecto sobre la debida protección del consumidor, y en relación con las responsabilidades civiles, y aun penales, que podrían derivarse de una transacción comercial que involucra la definición del ámbito jurisdiccional para tomar medidas que competen a actos realizados a través de fronteras. En el Anexo I del CAFTA Costa Rica a registrado 12 medidas disconformes, entre otras obligaciones, con la obligación sobre presencia local, El Salvador 6 medidas, Guatemala 3, Honduras 13 medidas y Nicaragua 13 medidas. A su vez los Estados Unidos han registrado en el Anexo 5 medidas disconformes con la obligación sobre presencia local.

3. Mecanismo para la Adopción de Compromisos

El mecanismo para la adopción de compromisos constituye otro de los elementos centrales de un acuerdo para la liberalización del comercio de servicios sobre el cual no se ha logrado aun consenso en las negociaciones en el ALCA, constituyendo uno de los temas más contenciosos. Las ofertas iniciales han sido presentadas por los países indistintamente bajo la modalidad de “lista positiva” o de “lista negativa”. En términos generales, en los acuerdos sobre el comercio de servicios, en el primer caso tal como en el AGCS, los principios de liberalización no constituyen obligaciones generales, sino son asumidos por los miembros del acuerdo mediante la adopción de compromisos específicos con respecto a sectores de servicios y modos de suministro. La modalidad de lista positiva constituye en la práctica una aproximación híbrida ya que generalmente se permite inscribir reservas con respecto a algunas medidas que afectan los sectores en los cuales se están haciendo compromisos específicos. Estos compromisos, y las restricciones que se mantendrán se inscriben en la “lista nacional”. En el hemisferio el régimen de MERCOSUR para la liberalización del comercio de servicios ha seguido esta orientación.

En el caso de la lista negativa los principios de liberalización constituyen obligaciones generales del acuerdo que comprometen a los miembros desde su entrada en efecto, salvo que se hayan registrado reservas a dichos compromisos en las listas de reservas de cada miembro. El régimen andino y el de CARICOM para la liberalización subregional del comercio de servicios han adoptado las listas negativas. Cualquiera de las dos modalidades para la adopción de compromisos puede llevar a una liberalización amplia del comercio de servicios y a la compatibilidad con el Artículo V del GATS.

En el caso de los acuerdos bilaterales, siguiendo el modelo del NAFTA, se ha optado por las listas negativas. Esta modalidad exige un claro compromiso político con la liberalización del comercio de servicios tanto en términos de la profundidad de los compromisos como en términos de la velocidad del proceso. Esto genera beneficios importantes para los operadores económicos y también para la comunidad internacional al proveer de un claro mensaje con respecto a la orientación general de la política comercial en el campo de los servicios. Sin embargo, el nivel de compromisos exigido demanda a su vez un claro consenso en el ámbito nacional con dicha orientación de política, lo cual no siempre se podrá alcanzar debido a la aprehensión de los proveedores de servicios domésticos que podrían percibir en la liberalización un desafío a su posición en el mercado doméstico. Por lo tanto, como puede observarse en los diferentes acuerdos bajo lista negativa, particularmente en el CAFTA, la tendencia es a inscribir todas las medidas disconformes existentes para salvaguardar las diferentes sensibilidades que pudiesen existir.

La lista negativa promueve una liberalización mayor y más rápida del comercio de servicios. Todos los sectores en que no se registran reservas de medidas no-conformes son totalmente liberalizados a la entrada en vigor del acuerdo, o a la fecha que se determine como límite para registrar reservaciones. Por consiguiente se genera un efecto significativo mediante los compromisos de liberalización inicial. Además, mediante esta aproximación todas las medidas no conformes, inscritas como reservas, quedan consolidadas. El grado de disconformidad de estas medidas no puede aumentarse en el futuro salvo que los sectores hayan sido reservados en el respectivo anexo.

Esta modalidad genera un ambiente de mayor transparencia para los operadores económicos. El registro de toda reserva de medidas no-conformes ofrece la información comprensiva sobre las condiciones que un proveedor de servicios encontrará en los mercados de las partes, y que las restricciones no aumentarán en el futuro. Hay certeza además, que en aquellos el sector donde no existen reservas hay completo acceso del mercado y garantía de trato nacional. Esta es la ventaja que más se destaca con respecto a las listas negativas. Sin embargo, del análisis de la naturaleza de algunas de las reservas inscritas en los acuerdos bilaterales, en particular aquéllas de carácter general referidas a todos los sectores, se desprende que la mayor transparencia no necesariamente se logra bajo esta modalidad.

La lista negativa tiende a favorecer a aquellas partes del acuerdo que cuentan con un sistema de regulación más desarrollado en el área de los servicios, y que han identificado claramente las limitaciones que deben mantener en función de sus objetivos nacionales de política. Los países con menos regulación limitativa, y no necesariamente porque no sería beneficioso para su desarrollo, no podrían registrar ninguna reservación con respecto a sectores en los que no cuentan con un marco regulador. Además, esta modalidad puede conspirar contra países que tienen regímenes liberales para el comercio de servicios mediante una apertura unilateral. Como resultado de los compromisos a asumirse se podría generar una asimetría. Mientras algunos miembros consolidan liberalización amplia otros mantienen una situación restrictiva con gran número de reservas sobre medidas no-conformes, generándose en consecuencia una situación de intercambio desigual de concesiones.

Mediante las listas negativas se consolida el *status quo* en cada país mediante la inscripción de reservas. Sin embargo, se liberalizarán automáticamente todos los nuevos servicios que podrían desarrollarse en el mercado. Así se comprometen actividades futuras sin una comprensión clara de los posibles desarrollos en los mercados o de las implicaciones económicas de esos compromisos. Teniendo en cuenta la velocidad de cambio tecnológico en servicios y el hecho que nuevos servicios constantemente están entrando en los mercados, éste es un problema que debe evaluarse cuidadosamente. La adopción de esta modalidad requiere una revisión comprensiva de todas las medidas que afectan el comercio de servicios en el país, y una identificación clara de esas medidas que son restrictivas, ya sea porque ellas limitan el acceso del mercado o niegan el trato nacional. La lógica detrás de esta modalidad es el concepto de "lista o pierde" la medida. Una Parte que no registre una medida disconforme, esa medida deviene automáticamente incompatible con las obligaciones del acuerdo. Por consiguiente, esta modalidad demanda mucho más preparación que la alternativa de lista positiva en la cual sólo se requiere total conocimiento de las medidas vigentes en aquellos sectores donde se pretende hacer compromisos específicos.

Con listas negativas la tarea de evaluar el valor de concesiones dadas y recibidas en una negociación es sumamente compleja. La evaluación tendría que realizarse en términos del valor comercial para cada parte de las reservas registradas por la otra parte, que es un ejercicio muy complicado. Bajo esta modalidad no es factible pretender una negociación equilibrada, en términos de valor de concesiones. Es más el resultado ya estaría preestablecido por el nivel de restricción prevaleciente antes de la firma del acuerdo, limitando el ámbito de las posibles reservas. En el caso de la lista negativa los problemas de clasificación de las actividades de servicios no

son tan relevantes como en la modalidad alternativa. El elemento central de los compromisos son las medidas en sí y no tanto los sectores. Lo que se inscribe en las listas de reservas son las medidas no-conformes que cada país se reserva el derecho de mantener, las cuales deben especificar su naturaleza y alcance sectorial.

Otro aspecto importante con respecto a los mecanismos de liberalización constituye el tema de la liberalización futura. Tanto la Decisión 439 de la Comunidad andina como el protocolo de Montevideo y el régimen de CARICOM apuntan a la eliminación casi total de las restricciones al comercio de servicios. En cambio otros acuerdos por ejemplo el NAFTA, y los acuerdos bilaterales, no incorporan elementos para propender a una mayor liberalización que aquellos compromisos asumidos inicialmente. Por lo tanto la compatibilidad con el Artículo V del AGCS en lo referente a la cobertura sectorial substancial y la ausencia o eliminación de sustancialmente toda discriminación en el sentido del Artículo XVII debe cumplirse a la entrada en vigor de los acuerdos.

4. Disciplinas Conexas

Los acuerdos para la liberalización del comercio de servicios incorporan un conjunto de disciplinas cuyo objetivo es el de garantizar la eficacia de los compromisos asumidos por las Partes por un lado, y por otro otorgar la debida flexibilidad para que los miembros puedan satisfacer objetivos legítimos de política. En esta sección se analizan alguna de esas disciplinas en los acuerdos bilaterales

Transparencia

Los acuerdos bilaterales incrementan el nivel de obligaciones con respecto a la transparencia. Los países del hemisferio ya han asumido compromisos sustantivos en el GATS, y a su vez en los diferentes acuerdos sub-regionales, que involucran la obligación de publicar las medidas que afecten el comercio de servicios y los acuerdos internacionales. Adicionalmente, existe el compromiso de notificar las medidas, o cualquier modificación de ellas, que afecten sectores con compromisos específicos, y a establecer los puntos de contacto según lo dispuesto el Artículo III del GATS. Con respecto a la transparencia el único tema de alguna manera contencioso en las negociaciones del ALCA ha sido la propuesta de asumir el compromiso de consulta previa antes de poner en efecto alguna medida que afecte el comercio de servicios. Este es un tema que los Estados Unidos está promoviendo activamente en el ámbito internacional, y lo ha incluido en las peticiones presentadas a todos los Miembros de la OMC en las negociaciones sobre servicios. En dicho foro estaría proponiendo compromisos de alcance aún mayor que convertirían en vinculante la obligación de consulta previa.

Los acuerdos bilaterales incorporan un Capítulo específico sobre transparencia, que se aplica a todas las materias cubiertas por el acuerdo, Capítulo 18 en el caso del CAFTA, y adicionalmente incorporan provisiones relativas a este tema en el capítulo sobre servicios. Además del compromiso de establecer puntos de contacto para facilitar las comunicaciones entre las partes sobre cualquier materia cubierta por el acuerdo, se incorpora el compromiso de publicar, en la medida de lo posible, medidas propuestas y otorgar una oportunidad razonable a las partes y personas interesadas para comentar sobre tales propuestas. Igualmente, en la medida de lo máximo posible habrá que notificar a la otra Parte cualquier medida, actual o propuesta que la Parte considera que podría afectar los intereses de la otra Parte.

Igualmente, los países se han comprometido que al momento de adoptar regulaciones definitivas sobre servicios cada parte deberá responder por escrito, en la medida de lo posible, incluso bajo solicitud, los comentarios sustantivos recibidos de personas interesadas con respecto a regulaciones en proyecto. El CAFTA incorpora adicionalmente una sección en el Capítulo 18 referida a la corrupción estableciendo algunas obligaciones sustantivas relativas a este tema en materias que afectan el comercio internacional y las inversiones. Otros de los acuerdos bilaterales no han incorporado provisiones similares.

Al margen de los problemas que se pueden suscitar en la práctica para determinar que es materialmente posible al respecto, este compromiso conlleva en la práctica a abrir el proceso legislativo y de toma de decisiones nacionales, en diferentes niveles de Gobierno y entidades reguladoras, a un proceso de consulta previa con los proveedores de servicios incluyendo a los países interesados. En muchos países ésta no es la práctica común, y dada la amplitud de la definición de medida incorporada en el capítulo sobre servicios significará un oneroso proceso administrativo. Adicionalmente, la apertura de los procesos de toma de decisiones en un marco de entidades reguladoras débiles, como es el caso de muchos países en el hemisferio, enfrentando grandes intereses económicos puede devenir fácilmente en la situación que ha sido definida en la literatura como de “reguladores cautivos”, con todas sus posibles consecuencias.

Regulación Domestica

El GATS reconoce explícitamente el derecho de las partes a regular las actividades de servicios, estableciéndose en el Artículo VI.4 que los Miembros establecerán las disciplinas necesarias, con la finalidad de asegurar que los requisitos y procedimientos para calificación, los estándares técnicos y las licencias no constituyan obstáculos innecesarios al comercio. Este es un tema en el que se viene negociando en el Grupo de Trabajo sobre Regulación Domestica (GTRD) en la OMC en dos grandes líneas de acción. El establecimiento de disciplinas particulares para algunas profesiones, posiblemente con base en las disciplinas adoptadas pero no vinculantes relativas a la contabilidad, y la negociación de posibles disciplinas generales sobre regulación domestica. Los acuerdos bilaterales, igual que los otros acuerdos regionales existentes en el hemisferio no han producido disciplinas que vayan mas allá del AGCS. Se establece que las partes evaluarán los desarrollos en la OMC para determinar, con base a los eventuales resultados en ese foro, la posible inclusión de disciplinas al respecto en los acuerdos bilaterales. Es mas, los acuerdos bilaterales limitan en cierta medida el alcance de las disciplinas en relación con lo establecido en el AGCS, limitando las obligaciones a lo establecido en el Artículo VI.4, excluyéndose lo dispuesto en el primer párrafo de dicho artículo referido a las medidas de aplicación general, en virtud del cual en los sectores en los cuales se han asumido compromisos específicos los Miembros deben asegurar que todas las medidas de aplicación general que afectan el comercio de servicios deben administrarse de forma razonable, objetiva e imparcial.

Reconocimiento

El reconocimiento de títulos, certificaciones y estándares es un elemento central para garantizar el libre comercio de servicios, en particular mediante la movilidad temporal de personas naturales calificadas. Las obligaciones de los miembros de la OMC se encuentran en el Artículo VII del GATS el cual establece que las partes que reconozcan acreditaciones de otros miembros o que suscriban

acuerdos para tal efecto deben conceder una debida oportunidad a todos los miembros de la OMC para demostrar que sus certificaciones son equivalentes o para negociar acuerdos de alcance similar. Los acuerdos bilaterales no avanzan significativamente mas allá de las obligaciones mutuas que las Partes tienen entre sí en virtud del AGCS. Se incorpora un anexo con directrices para la elaboración de normas para el otorgamiento de licencias y certificados a proveedores de servicios profesionales, lo que constituye el único añadido sobre las obligaciones que las partes ya tienen entre sí en virtud del AGCS. No existen compromisos vinculantes al respecto, limitándose a expresiones de mejor esfuerzo para lograr los objetivos propuestos. En la ausencia de compromisos con respecto a la movilidad de personas naturales prestadores de servicios las posibles normas sobre reconocimiento tendrán un limitado impacto sobre el comercio. Este es un campo donde la vocación en el ámbito hemisférico, y en los acuerdos bilaterales, debería ser mucho más ambiciosa de lo que es factible lograr al respecto en el ámbito multilateral.

Otras disciplinas

Como se ha señalado anteriormente los acuerdos bilaterales excluyen los subsidios. Así mismo, estos acuerdos no incorporan provisiones sobre salvaguardias para el caso de los servicios. En el marco del AGCS se viene negociando el establecimiento de disciplinas sobre salvaguardias de emergencia con base en el mandato del Artículo X en el Grupo de Trabajo sobre normas (GTN), y el Artículo XII del AGCS contiene las disposiciones sobre salvaguardia por motivos de balanza de pagos. En los acuerdos bilaterales sólo se han incorporado este último tipo de salvaguardia para el caso del comercio de bienes.²⁶

En el CAFTA los países de Centro América han asumido adicionalmente en el capítulo sobre servicios algunos compromisos específicos, relacionados con "Express delivery services" - comprometiéndose a no mantener ni adoptar ninguna restricción que no se encontrara en vigencia en la fecha de suscripción del acuerdo, a no otorgar subsidios cruzados mediante el desvío de recursos de los monopolios postales para beneficiar estos servicios no obstante que el acuerdo excluye los subsidios, y a asegurar que el proveedor monopólico de servicios postales no abuse de su posición y actúe de manera inconsistente con las obligaciones que se derivan del acuerdo- y con respecto a la protección de los representantes y distribuidores locales de compañías extranjeras.²⁷

5. A modo de conclusión

Del análisis preliminar de los acuerdos bilaterales suscritos con los Estados Unidos se desprende que en determinadas áreas se han incorporado disciplinas que van mas allá de los compromisos que se derivan del AGCS, mientras que en otros campos los acuerdos podrían considerarse definitivamente AGCS "menos". En términos de la apertura comercial estos acuerdos a lo más consolidan el *status quo* mediante el registro de las medidas disconformes existentes en los respectivos anexos, no contemplando un mecanismo incorporado en los acuerdos para la liberalización futura, salvo el hecho que las Partes se consultaran anualmente, o de otra forma que acuerden, para revisar la implementación del capítulo sobre servicios y considerar otros asuntos del comercio de servicios que sean de mutuo interés..

²⁶ Artículo 21:4 del CAFTA

²⁷ Los compromisos se refieren a abrogar o mitigar los efectos de las Leyes que otorgan protección a los representantes y distribuidores locales de empresas en el exterior.