

El anexo del TISA sobre Reglamentación Nacional - Análisis del borrador del 23 de abril de 2015

La iniciativa de establecer un Acuerdo de Comercio de Servicios (TISA, por su sigla en inglés) se originó en la insatisfacción frente a las negociaciones de servicios en el seno de la OMC. El TISA pretende ser un acuerdo muy ambicioso, a través del cual sus miembros someterán a la competencia extranjera muchos más servicios que los ya comprometidos en la OMC o sus tratados bilaterales. Los grupos de cabildeo empresarial también han dicho que además de la apertura de los mercados, aspiran que el TISA establezca niveles bastante significativos de desreglamentación. Walmart, por ejemplo, le ha comunicado al Representante de Comercio de Estados Unidos que el TISA debería eliminar las "restricciones sobre el tamaño, cantidad o ubicación geográfica de las tiendas" y "las restricciones sobre los productos comerciables" (audiovisuales, tabaco, alimentos, medicamentos, cosméticos, etc.)."

El instrumento para lograr esta desreglamentación de gran alcance es el anexo del TISA sobre Reglamentación Nacional, que combinaría y consolidaría los compromisos de apertura de los mercados de servicios, con limitaciones vinculantes al respecto del grado al que se les permite a los gobiernos reglamentar esos servicios. El borrador actual revela que muchas delegaciones continúan insistiendo en disposiciones que tendrían el máximo efecto de desreglamentación. En lugar de rechazar de plano las propuestas de gran alcance desregulador, tal y como respondieron frente al borrador de febrero de 2015,¹ otras delegaciones han cambiado su postura y ahora están "analizándolas". Sin embargo, incluso si se aprobaran solamente las disposiciones en torno a las cuales si existe consenso actualmente entre las delegaciones del TISA, este anexo impondría profundas restricciones al derecho de los gobiernos a reglamentar.

Dados los cambios significativos que impondría el TISA en los sistemas de reglamentación, los funcionarios públicos y electos de los países miembros del TISA deberían haber sido advertidos e involucrados en la discusión de dicho anexo. Las reglamentaciones relativas a oleoductos y gasoductos, carreteras de penetración en zonas madereras, estanques de relave de escoria minera, hospitales y publicidad de productos del tabaco y alcohol son sólo algunas de las áreas sensibles respecto de las cuales el TISA restringiría la potestad gubernamental de reglamentar.

En lo que hace a los servicios públicos tales como la salud, educación y suministro de agua, el TISA representaría un duro golpe en dos movimientos. En el TISA se espera que los gobiernos amplíen sus compromisos de liberalización y permitan el suministro privado de servicios tales como la educación superior. El artículo 1 del borrador sobre Reglamentación Nacional establece que la aplicación de ese Anexo se activará una vez que se hayan realizado dichos compromisos. Al asumir esos compromisos, los gobiernos no sólo abrirían sus mercados de servicios a proveedores de servicios extranjeros, sino que restringirían al mismo tiempo severamente su propia autoridad para reglamentar a esos proveedores.

Este anexo no aborda solamente un subconjunto bastante acotado de reglamentaciones en materia de servicios. Su alcance fue definido con tanta amplitud, que no sólo rige para las reglamentaciones de los servicios, sino que se aplica asimismo a cualquier medida "relacionada" con la reglamentación de los servicios (Artículo 1). Algunas delegaciones insisten con que el anexo se aplique también a las "normas técnicas". El anexo define las normas técnicas (artículo 3(d)) de manera tal que abarcarían no sólo las reglamentaciones en materia de servicios, sino también de bienes, en los casos en que la norma especifique el equipamiento que debe usarse para suministrar el servicio. Canadá y Estados Unidos se

¹ Un análisis en profundidad de este borrador "Análisis Preliminar del Anexo del TISA filtrado sobre Reglamentación Nacional" se encuentra disponible en:
<https://wikileaks.org/tisa/domestic/analysis/Analysis-TiSA-Domestic-Regulation-Annex.pdf>

habían opuesto previamente a la inclusión de las normas técnicas en el anexo, pero en el borrador de abril de 2015 figuran ahora como "analizando" esta posibilidad.

A pesar de lo mucho que está en juego para el público en las negociaciones del TISA, los miembros del TISA han impuesto un nivel extremo de secretismo que implica que los borradores --y las distintas posiciones adoptadas por los gobiernos-- no podrían divulgarse sino hasta cinco años después de finalizadas las negociaciones. Cuando se filtraron los textos secretos, algunos comentaristas intentaron minimizar su importancia. Por ejemplo, se afirmó que el TISA no restringe el derecho a reglamentar y que sólo trata de garantizar que haya transparencia y no discriminación en el comercio de servicios.² Los funcionarios electos pueden ser inducidos a creer que el TISA no afectará su autoridad, siempre y cuando sus reglamentaciones estén disponibles públicamente y no traten a los proveedores extranjeros de servicios de manera diferente que a los locales.

De hecho, el anexo del TISA sobre Reglamentación Nacional contiene más de 20 justificativos para impugnar reglamentaciones completamente transparentes y no discriminatorias. El anexo se aplicaría cuando los gobiernos ya se hayan comprometido a eliminar las reglamentaciones que discriminan ya sea directa o indirectamente. E incluso si los reguladores nacionales considerasen que ya han reformado sus reglamentaciones de conformidad con el anexo, su modo de entender términos tales como "objetivo" o "razonable" podría ser muy diferente a la de los paneles de arbitraje comercial.

Este anexo sometería a los reguladores a una camisa de fuerza, limitando severamente sus opciones, incluso aun cuando no discriminen de ninguna manera a los proveedores extranjeros de servicios. Los gobiernos del TISA, en especial a nivel sub-nacional, utilizan rutinariamente herramientas regulatorias existentes que aparentemente vulnerarían disposiciones del anexo, y además desarrollan nuevas reglamentaciones que no encajan con sus prescripciones en materia de reglamentación.

A manera de ejemplo concreto, la ciudad de Vancouver introdujo recientemente reglamentaciones para los dispensarios de marihuana que han proliferado dentro de su jurisdicción. Tales dispensarios son ahora más comunes en la ciudad que las tiendas de café Starbucks y se han establecido franquicias que operan múltiples dispensarios. Esto es un problema para otras municipalidades de Canadá y Estados Unidos donde se ha autorizado la venta de marihuana. En ausencia de una legislación federal que pueda abordar los problemas que experimenta Vancouver con la venta de marihuana al por menor, la ciudad ha establecido un nuevo sistema de licencias. Las disposiciones de este sistema parecerían violar varios artículos ya consensuados en gran medida por los negociadores del TISA, según un borrador reciente del anexo.³

- **Artículo 5(a) del anexo - Requisito de que los criterios de reglamentación sean "objetivos" y "transparentes"**

El nuevo sistema de licencias de marihuana de la ciudad de Vancouver incluye disposiciones que permiten que se tenga en cuenta la opinión del público en las decisiones sobre licenciamiento, incorporando la cantidad de quejas de los vecinos como parte del proceso de revisión de las solicitudes.

En general, todas las decisiones de licenciamiento relacionadas con planificación urbana, permisos de construcción y licencias de negocios que den voz a la opinión pública podrían objetarse como violatorias

² Véase, por ejemplo, lo que afirma Edward Alden en el sitio del Consejo de Relaciones Exteriores: <http://blogs.cfr.org/renewing-america/2015/06/03/wikileaks-and-trade-a-healthy-dose-of-sunshine/>

³ El anexo se aplicaría si la lista de compromisos de Canadá en distribución al por menor no excluye los productos derivados de la marihuana.

del artículo 5(a) del anexo del TISA por considerarse que están fundadas en criterios regulatorios carentes de objetividad. Es común que los procedimientos de licenciamiento asociados al expendio de bebidas alcohólicas tengan en cuenta las inquietudes de los vecinos, pero según este anexo sus inquietudes podrían considerarse criterios "no objetivos" para rechazar una licencia.⁴

Las nuevas reglamentaciones de Vancouver también podrían violar el requisito de "transparencia" de los criterios regulatorios, ya que la ciudad le ha otorgado autoridad discrecional a su Inspector General de Licencias. De conformidad con esas reglamentaciones, el Inspector puede exigir el cumplimiento no sólo de las condiciones específicas estipuladas en la solicitud de licencia, sino también "otras condiciones requeridas por el Inspector General de Licencias para garantizar que el negocio no tenga un impacto negativo en el público, el barrio u otros comercios del vecindario".

A los negociadores de Estados Unidos aparentemente les preocupa cómo un panel de arbitraje podría interpretar el artículo 5(a). Propusieron una nota al pie que establezca que los criterios de objetividad y transparencia incluyen no solo la competencia para suministrar un servicio, sino también los impactos a la salud y el medioambiente: "Nota al pie 3: Estados Unidos propone: Las Partes entienden que los criterios de objetividad y transparencia pueden incluir, entre otros, criterios tales como la competencia, la capacidad de suministrar un servicio, o los posibles impactos a la salud o el medioambiente derivados de una decisión de autorización, y que las autoridades competentes pueden evaluar el peso que se les da a tales criterios".

Esta nota al pie da fe de lo muchísimo que está en juego, en la medida que es factible que los paneles de arbitraje de controversias descarten toda otra consideración excepto las exclusivamente comerciales al decidir si los criterios de reglamentación son objetivos y transparentes. Mediante esta nota al pie, Estados Unidos también manifiesta su inquietud respecto a que el simple hecho de que los reguladores utilicen su juicio para evaluar temas de competencia podría violar la norma de objetividad del TISA.

- **Artículo 5(b) del anexo del TISA - Requisito de que los procedimientos y decisiones de las autoridades sean "imparciales con respecto a todos los solicitantes"**

El nuevo sistema de licencias de marihuana de Vancouver opera a dos niveles, y está sesgado a favor de los "clubes de compasión" sin fines de lucro, antes que de los dispensarios comerciales. A estos últimos se les descuentan automáticamente puntos al solicitar una licencia y tienen que pagar treinta veces más para obtenerla.

Los sesgos en las decisiones y procedimientos regulatorios que favorecen a las entidades sin fines de lucro, a las empresas de propiedad de minorías o a las pequeñas empresas podrían ser impugnados al amparo del anexo, por considerarse no imparciales con todos los solicitantes.

- **Artículo 6(f) del anexo - Requisito de garantizar que el pago de derechos de licencia esté limitado a lo "razonable" y "no restrinja en sí mismo el suministro del servicio"**

Vancouver impone el pago de derechos de licencia a los dispensarios de marihuana que ascienden a \$30.000 dólares para los operadores comerciales. Aunque las autoridades de la ciudad afirman que esta tarifa sólo cubre costos administrativos, ese es el monto más alto que se cobra por cualquier licencia comercial --un costo que consecuentemente podría considerarse "no razonable". Además, el alcalde de la ciudad afirmó públicamente que el objetivo de las licencias es reducir la proliferación de los

⁴ Véase, por ejemplo, la guía del Consejo de Suffolk para "presentar objeciones a la aplicación de licencias", <http://www.suffolkcoastal.gov.uk/yourdistrict/licensing/alcohol/yoursay/objections/>

dispensarios. Los operadores actuales han manifestado que tendrán que cerrar debido al alto costo de las licencias, de modo que se terminaría restringiendo el suministro del servicio.

Todo monto cobrado por una licencia podría considerarse una restricción al suministro ilimitado de un servicio, especialmente los derechos de licencia para operaciones como los casinos, que ascienden a millones de dólares.⁵

Además, las nuevas reglamentaciones de Vancouver sobre la marihuana requieren la solicitud de múltiples permisos e imponen un proceso de revisión en tres etapas, que podría violar la obligación establecida en el anexo de que **“los procedimientos no impidan indebidamente en sí mismos el cumplimiento de los requisitos” (Artículo 5(c)).**

Los anteriores son simplemente algunos ejemplos de cómo este anexo podría socavar las opciones de herramientas regulatorias para lidiar con problemas como el que enfrenta la ciudad de Vancouver de proliferación de distribuidores de marihuana sin licencias. Pero el anexo podría acarrear impactos incluso más extremos. Varias delegaciones están insistiendo a favor de una disposición del TISA que habilitaría a impugnar reglamentaciones simplemente en base a considerarlas **“innecesariamente onerosas” (Artículo 4)**. Esto les daría a los paneles de arbitraje de controversias del TISA la autoridad para imponer una "prueba de necesidad" y juzgar si en su opinión los gobiernos podrían haber optado por otra vía para alcanzar sus objetivos, menos oneroso para las empresas.

Los derechos constitucionales de los estados y las provincias de reglamentar dentro de sus jurisdicciones se ven amenazados por las negociaciones sobre el comercio de servicios en general y por las pruebas de necesidad en particular. El artículo 5(f) del anexo estipula que "en la medida de lo posible" los solicitantes tengan que dirigirse solamente a una autoridad". Inicialmente, Estados Unidos se opuso a esta obligación, quizás para proteger la autoridad constitucional de sus gobiernos estatales, pero ahora está considerándola con la inclusión de una nota al pie: "Nota al pie 4: Estados Unidos propone: Para mayor certidumbre, una Parte puede requerir la presentación de varias solicitudes cuando la prestación de un servicio sea de competencia o jurisdicción territorial de múltiples autoridades competentes".

En las negociaciones de la OMC sobre servicios, en la lista de ejemplos de barreras regulatorias inaceptables se incluyen las diferencias de requisitos en distintos estados: "Las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y obtención de licencias son diferentes a nivel sub-federal, determinando que una licencia o reconocimiento de aptitud obtenido en un estado no sea válido en otros estados".⁶ La división de poderes tal como establecen las constituciones no serviría como defensa en caso que las diferencias regulatorias sub-nacionales sean impugnadas al amparo del TISA por considerárselas innecesariamente onerosas.

La imposición de una prueba de necesidad a través del TISA generaría presiones para armonizar las medidas no sólo entre los gobiernos sub-nacionales, sino entre todos los países miembros del TISA. El borrador actual del artículo 4 establece que al determinar si una reglamentación de un miembro del TISA es innecesariamente onerosa o no, los paneles de arbitraje tendrán en cuenta las **"normas internacionales de organizaciones internacionales relevantes aplicadas por esa Parte"**. Los gobiernos

⁵ MGM pagó recientemente \$85 millones de dólares por derechos de licencia para abrir un casino en Massachusetts. http://www.masslive.com/news/mdex.ssf/2014/n/mgm_springfield_pays_85_millio.html

⁶ Secretaría de la OMC "Examples of Measures to Be Addressed by Disciplines under GATS Article VI.4", 12 de julio de 2002.

podrían verse presionados a adoptar normas internacionales, antes que correr el riesgo de que sus propias normas sean juzgadas como innecesariamente onerosas.

La prueba de necesidad se eliminó de las disciplinas regulatorias propuestas en las negociaciones de la OMC sobre servicios debido a las objeciones de varias delegaciones. Sin embargo, este anexo del TISA se está utilizando como otra oportunidad para imponerla. Canadá y Estados Unidos se oponen actualmente a esa disposición, pero debido al secretismo extremo de las negociaciones del TISA, que deriva en que las delegaciones no tengan que rendir cuenta por las posiciones que adoptan, la prueba de necesidad podría llegar a incluirse en el borrador final del anexo.

Irónicamente, a pesar del secretismo en torno a las negociaciones del TISA, tanto este anexo como el texto central del acuerdo les imponen a los gobiernos obligaciones de transparencia. La más estricta de estas obligaciones de transparencia está incluida en un capítulo separado del acuerdo que se aplica a las leyes y los procedimientos administrativos y de reglamentación.

El capítulo sobre transparencia no sólo requiere la publicación de las medidas existentes, sino que podría imponer además la obligación de publicar las medidas antes de que se las adopte **“y otorgarles a las personas interesadas y otras Partes una oportunidad razonable para enviar sus comentarios sobre las medidas propuestas”**. Desde el último borrador del capítulo sobre transparencia, Estados Unidos y doce otras delegaciones continúan proponiendo que esto sea una obligación - "cada Parte *deberá* otorgar, etc." e implementar "en la medida de lo posible", lo que podría significar que si un país está en condiciones de cumplir con estas obligaciones, entonces tendría que hacerlo. La UE y algunas otras delegaciones siguen asumiendo la posición de que publicar las medidas con antelación y brindar la oportunidad de enviar comentarios sobre ellas no debería ser una obligación firme, sino que la redacción debería decir: "cada Parte *puede...*" hacer esto.

Los problemas que implica el capítulo del TISA sobre transparencia ya fueron analizados pormenorizadamente en base al borrador filtrado previamente. Uno de los principales problemas identificados es el poder de influencia que les brinda a los intereses comerciales. "La transparencia en este texto del TISA significa garantizar que los intereses comerciales, especialmente pero no solo de las empresas transnacionales, puedan acceder e influenciar las decisiones de los gobiernos que afecten sus intereses -derechos y oportunidades que pueden no estar disponibles para las empresas locales o ciudadanos nacionales. Quizás quieran cambiar o evitar que avancen las decisiones gubernamentales que no sean de su agrado, o se movilicen para apoyar aquellas que son impugnadas".⁷

⁷ <https://wikileaks.org/tisa/transparency/01-2015/analysis/page-1.html>