

E. La cooperación internacional sobre medidas no arancelarias en un mundo globalizado

Esta sección se concentra en la cooperación internacional sobre las medidas no arancelarias (MNA) y medidas relativas a los servicios. Se examina en primer lugar la justificación económica de esta cooperación en el contexto de los acuerdos comerciales. A continuación se considera la práctica de la cooperación en el ámbito de los obstáculos técnicos al comercio (OTC), las medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF) y la reglamentación nacional de los servicios. En la tercera parte se hace un análisis jurídico del trato dado a las MNA en el sistema del GATT/OMC y de las interpretaciones de las normas aparecidas en recientes diferencias comerciales internacionales. La sección termina con un análisis de los problemas que plantea la adaptación de la OMC a un mundo en el que las MNA suscitan una preocupación cada vez mayor.

Índice

1	La reglamentación de las MNA en los acuerdos comerciales	162
2	Cooperación en esferas de política específicas: medidas OTC/MSF y medidas relativas a los servicios	176
3	Las disciplinas del GATT/OMC relativas a las MNA según han sido interpretadas en el marco de la solución de diferencias	187
4	Adaptar la OMC a un mundo más allá de los aranceles	203
5	Conclusiones	216

Algunos hechos y constataciones importantes

- Las normas de la OMC ayudan a resolver el problema de que los países sustituyan los aranceles por medidas no arancelarias, pero la naturaleza cambiante del comercio crea nuevas complejidades que exigen formas más profundas de integración institucional.
- Los países cooperan en materia de medidas OTC/MSF y de reglamentación nacional de los servicios para hacer frente a problemas de información y para complementar los compromisos de acceso a los mercados.
- La distinción entre las MNA legítimas y las medidas diseñadas con fines proteccionistas ha sido una cuestión crucial en los asuntos de solución de diferencias del GATT/OMC referentes a MNA y en la elaboración de nuevas disciplinas con miras a la reglamentación nacional de los servicios.
- La tensión entre el análisis económico y la práctica jurídica puede informar los esfuerzos que habrá de realizar el sistema de la OMC en el futuro para abordar las MNA en un entorno comercial en evolución.

Esta sección comienza con un examen de las razones económicas de la cooperación internacional sobre medidas no arancelarias en el contexto de los acuerdos comerciales. Este enfoque teórico proporciona un marco para reflexionar acerca de la elaboración eficiente de normas relativas a las MNA en un acuerdo comercial y de la forma en que esas medidas pueden verse afectadas por distintos factores, tales como el desarrollo de cadenas de producción mundiales y el carácter opaco de varias MNA. En la segunda parte se considera de qué manera ha tenido lugar la cooperación sobre MNA en el marco del sistema multilateral de comercio y de otros foros e instituciones internacionales. La atención se centra específicamente en los obstáculos no arancelarios (OTC), las medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF) (referentes a la inocuidad de los alimentos y la salud de los animales y las personas) y la reglamentación de los servicios, y se hace hincapié en las similitudes y las peculiaridades de los problemas subyacentes y de las formas en que se ha producido la cooperación.

La tercera parte se ocupa del análisis jurídico del trato dado a las medidas no arancelarias en el sistema del GATT/OMC y de las interpretaciones de las normas que han aparecido en recientes diferencias comerciales internacionales. Se presta especial atención a la forma en que se ha abordado en los acuerdos y en el sistema de solución de diferencias la distinción entre MNA legítimas y proteccionistas. La sección termina con un análisis de los problemas que plantea la adaptación de la OMC a un mundo en el que las medidas no arancelarias suscitan una preocupación cada vez mayor. Confluyen así los principales resultados del análisis precedente de la teoría, los datos y las prácticas en evolución de las MNA que figuran en las distintas secciones del informe, y se ofrecen algunas observaciones en materia de políticas.

1. La reglamentación de las MNA en los acuerdos comerciales

¿Por qué cooperan los países en el ámbito del comercio? ¿Por qué es necesaria la cooperación en materia de medidas no arancelarias? ¿Cómo deberían reglamentarse las MNA en un acuerdo comercial? En esta sección los debates sobre la cooperación en materia de MNA se inscriben en un marco teórico. La sección siguiente se concentra específicamente en tres esferas de reglamentación pertinentes: las medidas OTC, las medidas MSF y las medidas relativas a los servicios, en particular en lo que respecta a la reglamentación nacional.

En la sección E.1 se examinan en primer lugar las dos teorías principales sobre acuerdos comerciales: el enfoque basado en la relación de intercambio y el enfoque basado en el compromiso (véase *infra*). Estas teorías proporcionan una justificación para la cooperación comercial y ofrecen un marco para reflexionar sobre la función y la elaboración de la reglamentación relativa a las MNA en el marco de un acuerdo comercial, como los Acuerdos de la OMC.

Como se analiza más detalladamente a continuación, el enfoque basado en la relación de intercambio tiene un resultado sencillo y convincente. Si los gobiernos estableciesen políticas para alcanzar sus objetivos de la manera más eficiente posible, no elegirían medidas no arancelarias para distorsionar el comercio internacional a su favor. Los aranceles serían el único instrumento de política

utilizado. En este marco teórico básico, los gobiernos establecen MNA para responder a preocupaciones legítimas de política pública, y las normas sobre MNA en un acuerdo comercial sólo tienen que ocuparse de la posible "sustitución de políticas" entre aranceles y medidas no arancelarias (véase la sección B). La eficiencia se puede obtener con un simple conjunto de normas, como el trato nacional y la no infracción (véase la sección E.1 (b) *infra*), que deja a los gobiernos nacionales una autonomía considerable para establecer MNA (integración "superficial").

Si bien algunas características de los acuerdos comerciales corresponden a la premisa básica del enfoque basado en la relación de intercambio, la cooperación real sobre medidas no arancelarias en la OMC y en otros acuerdos (en particular los acuerdos comerciales preferenciales) va generalmente más allá de un nivel "superficial" y entraña formas "profundas" de integración, lo cual hace pensar que es posible que los gobiernos estén tratando de abordar problemas distintos de la sustitución de políticas entre los aranceles y las medidas no arancelarias. ¿Cuáles son esos problemas?

En la sección E.1 se examinan algunas de estas justificaciones adicionales de la cooperación sobre medidas no arancelarias. Se puede encontrar una primera explicación en el enfoque basado en el compromiso. En ese marco, se puede demostrar que algunos elementos de las normas de la OMC sobre las MNA pueden justificarse cuando los gobiernos tienen problemas de credibilidad con algunos sectores a nivel interno, como los grupos de intereses especiales. Por otra parte, la naturaleza cambiante del comercio internacional y el aumento de la deslocalización crea nuevas externalidades de las políticas que pueden también motivar la necesidad de formas más profundas de integración institucional más allá de las simples normas de preservación del mercado. Por último, la cooperación sobre MNA en el marco de acuerdos comerciales puede estar motivada por otras complejidades que no están recogidas en el modelo básico, pero que pueden ser pertinentes en la práctica. Una primera cuestión es que varias MNA son muy opacas, lo que indica que los países miembros necesitan cooperar para identificar lo que constituye un uso eficiente y legítimo de las MNA. Otra cuestión es que es posible que los agentes del mercado, no los gobiernos, puedan establecer MNA *de facto* adoptando normas privadas voluntarias.

Por último, el análisis se centra en una consideración de la elaboración eficiente de un acuerdo comercial que trate de las MNA. Concretamente, utilizando el enfoque basado en la relación de intercambio como punto de referencia, en la última subsección se evalúa la eficiencia de ciertos principios del GATT/OMC. Si bien este análisis es por fuerza especulativo, puede ser útil para informar el debate sobre las ventajas e inconvenientes desde el punto de vista institucional. La sección termina con un análisis de las concesiones recíprocas que entrañan diferentes formas de integración profunda, por ejemplo la armonización de las normas.

(a) ¿Por qué cooperan los países en materia de MNA?

La literatura económica más reciente ha elaborado dos teorías principales sobre los acuerdos comerciales: la teoría de la relación de intercambio y la teoría del compromiso. A

continuación se analiza lo que dice cada teoría sobre el trato de las medidas no arancelarias en los acuerdos comerciales. Según los dos enfoques, los gobiernos negocian tratados internacionales para abordar a externalidades internacionales e internas asociadas a las políticas comerciales. Estos efectos se han tratado también en la sección B. Aunque ambas teorías económicas se elaboraron principalmente para explicar la utilización de los aranceles, podrían aplicarse motivos similares en el caso de la cooperación sobre la utilización de MNA.

La lógica de los enfoques basados en la relación de intercambio y el compromiso no explica satisfactoriamente la justificación económica de los acuerdos comerciales sobre servicios. Aunque algunos de los conceptos derivados de estas teorías son pertinentes para explicar determinadas características del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), los economistas reconocen que hay diferencias importantes entre el comercio de mercancías y el comercio de servicios. En el recuadro E.1 se analiza el debate actual sobre la cooperación internacional en el ámbito del comercio de servicios.

(i) *El enfoque basado en la relación de intercambio*

De conformidad con la teoría de la relación de intercambio (o teoría tradicional), los gobiernos tienen interés en formalizar acuerdos comerciales porque ven en ellos un medio de escapar al dilema del prisionero provocado por la relación de intercambio (Bagwell y Staiger, 1999, 2002). El "problema" que surge en ausencia de un acuerdo comercial puede expresarse como sigue.

Cuando un gobierno decide unilateralmente el nivel de un arancel, o una medida no arancelaria que sustituye a un arancel, no tendrá en cuenta las consecuencias de su decisión en el bienestar de los exportadores extranjeros. En la sección B se describe la forma en que el incentivo para utilizar políticas comerciales de maneras que beneficien a los productores nacionales a expensas de los exportadores extranjeros hace que los gobiernos impongan restricciones comerciales importantes que alteran la relación de intercambio (es decir, la relación entre el precio de las exportaciones y el precio de las importaciones) en beneficio de la economía nacional. Sin embargo, dado que esta lógica se aplica a todos los países y cada uno de ellos intenta aumentar los aranceles, el resultado – conocido como el equilibrio de Nash – es que la relación de intercambio no resulta afectada en términos globales, pero el volumen del comercio es ineficientemente bajo. Este resultado es el conocido dilema del prisionero.

Según la teoría de la relación de intercambio, el propósito de un acuerdo comercial es dar "voz" a los exportadores extranjeros en las elecciones arancelarias de sus interlocutores comerciales, de modo que a través de las negociaciones puedan hacer que adquieran conciencia de los costos que imponen esas restricciones comerciales. De este modo, un acuerdo comercial basado en la reciprocidad y la no discriminación (la cláusula de la nación más favorecida-NMF) conducirá naturalmente a una reducción de los aranceles y a una ampliación del acceso a los mercados hasta niveles eficientes a nivel internacional.

Los gobiernos pueden utilizar MNA en lugar de aranceles para modificar el acceso a los mercados de sus interlocutores

comerciales y manipular así la relación de intercambio (véase la sección B). Esto indica que las principales características conceptuales de los acuerdos comerciales (la reciprocidad y el trato NMF) pueden facilitar la cooperación en materia de MNA. Sin embargo, incluso en un contexto de entorno normativo complejo, no es necesario que los gobiernos negocien directamente los niveles de sus MNA. En efecto, según el enfoque tradicional el principal objetivo de un acuerdo comercial es aumentar el volumen del comercio sin introducir distorsiones en la elección unilateral de MNA, como la reglamentación nacional y las políticas fiscales, como consecuencia de las limitaciones arancelarias negociadas (Bagwell y Staiger, 2001; Staiger y Sykes, 2011). Intuitivamente, los aranceles constituyen el instrumento óptimo para manipular la relación de intercambio: si los gobiernos disponen de aranceles y MNA, no hay ninguna razón para recurrir a estas últimas para restringir el comercio (Staiger, 2012).

La teoría de los acuerdos comerciales basada en la relación de intercambio apoya sólidamente la idea de que la integración "superficial" es el medio más directo para resolver las ineficiencias normativas que surgirían en ausencia de un acuerdo comercial. Las negociaciones centradas solamente en los aranceles, junto con un conjunto de normas que aborden el problema de la sustitución de políticas entre aranceles y medidas no arancelarias (por ejemplo, una "norma de preservación del acceso a los mercados") pueden contribuir a que los gobiernos alcancen un nivel de eficiencia más elevado. A nivel conceptual, esto concuerda con el enfoque del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) con respecto a las MNA internas, en virtud del cual las negociaciones se concentran en las reducciones arancelarias como medio de ampliar el acceso a los mercados. Según este enfoque, varias disposiciones del GATT tienen por finalidad proteger el valor de los acuerdos negociados de acceso a los mercados contra la erosión derivada de las MNA. Además, los Miembros de la OMC deben renunciar a la utilización de contingentes y otras restricciones cuantitativas en favor de los aranceles. Esta solución institucional les permite lograr la combinación eficiente de políticas comerciales y MNA internas, incluso cuando los gobiernos se ven incentivados a utilizar estas medidas para anular el acceso a los mercados otorgado a los interlocutores comerciales mediante reducciones arancelarias (Bagwell y Staiger, 2001).

Pese a este importante resultado, siguen pendientes dos cuestiones. ¿Hay elementos del trato de las medidas no arancelarias en los acuerdos comerciales que no puede explicar la versión básica del enfoque de la relación de intercambio? ¿Por qué los gobiernos suelen cooperar específicamente en materia de MNA en el contexto de los acuerdos comerciales? Estas cuestiones se abordan en dos etapas. En primer lugar, se expone otra posible justificación para los acuerdos comerciales, el enfoque basado en el compromiso, y se aduce que el trato de las MNA en los tratados puede responder a la necesidad de "adquirir" compromisos creíbles con políticas eficientes. En la subsección siguiente se analizan otras preocupaciones relacionadas con la cooperación sobre MNA que no están recogidas en la versión básica del enfoque de la relación de intercambio antes examinada.

Recuadro E.1: Teorías económicas del AGCS

El análisis económico del AGCS tiende a destacar las ventajas económicas de los mercados de servicios eficientes y liberalizados o a utilizar las teorías tomadas del comercio de mercancías para explorar la lógica de la apertura del comercio de servicios. Si bien estos enfoques han contribuido al estudio de la función del comercio de servicios en la economía en general y a identificar los paralelismos existentes entre el comercio de mercancías y el comercio de servicios, ninguno de ellos se ocupa directamente de la cuestión de la cooperación internacional en materia de servicios.

En este recuadro se enuncian en primer lugar las razones por las cuales los marcos presentados en la sección E.1 son insatisfactorios para la cooperación en materia de servicios y se exponen brevemente dos enfoques desde los que se trata de explicar la cooperación internacional en el ámbito del comercio de servicios. Según el primero, los compromisos sobre servicios contraídos en el marco de los acuerdos comerciales internacionales proporcionan un instrumento creíble para asegurar las reformas unilaterales de las políticas y limitar la sustitución de políticas. El segundo considera el proceso de apertura del comercio de servicios como parte de las respuestas de los gobiernos a cambios en la naturaleza de la producción hacia las cadenas de suministro internacionales.

El principal argumento para aplicar las teorías de cooperación en materia de políticas elaboradas para el comercio de mercancías al comercio de servicios es el reconocimiento de que los responsables de las políticas pueden tropezar con los mismos problemas de incentivos en ambos sectores. En particular, la teoría de la relación de intercambio internacional y la teoría del compromiso interno pueden hacerse extensivas a las medidas relativas a los servicios (Copeland y Mattoo, 2008). Sin embargo, las características distintivas de los servicios pueden hacer que las teorías utilizadas para explicar el GATT no sean suficientes para explicar la cooperación en el marco del AGCS. Por ejemplo, uno de los principales modos de suministro de servicios es el establecimiento en el país o la inversión extranjera directa, que mitigan el incentivo a manipular la relación de intercambio internacional, porque con la integración vertical las empresas internacionales internalizan en parte los costos externos de la política comercial (Blanchard, 2007). Además, Marchetti y Mavroidis (2011) sugieren que el AGCS es flexible hasta el punto de que es difícil explicar persuasivamente su desarrollo con la teoría del compromiso.

Copeland y Mattoo (2008) señalan otro problema de la aplicación de las teorías de la relación de intercambio y del compromiso a los acuerdos comerciales sobre servicios. Los servicios desempeñan un papel importante en la economía general complementando los resultados en otros mercados. Por ejemplo, un sector financiero eficiente transforma los ahorros en inversiones y puede asignar el capital de manera que se obtengan mayores ingresos. Los servicios de transporte reducen las fricciones en el intercambio, facilitando el comercio interno y el comercio internacional. Por último, la tecnología de la comunicación no sólo facilita las transacciones sino que puede además asegurar la difusión y creación de conocimiento (Copeland y Mattoo, 2008). Estas posibles ganancias de eficiencia impulsarían a los gobiernos a abrir los mercados de servicios unilateralmente, sin necesidad de cooperación internacional o de un acuerdo sobre servicios.

Además de los incentivos unilaterales para abrir los mercados de servicios, los avances tecnológicos han llevado a la ampliación del comercio de servicios, lo que lleva a su vez a los gobiernos a tratar de obtener compromisos multilaterales. Según Marchetti y Mavroidis (2011), algunos países temían, durante el proceso de apertura de los mercados de servicios en los años ochenta, que surgieran obstáculos más adelante. Específicamente, temían que el comercio de servicios posibilitado por el avance tecnológico llevara a los gobiernos a sustituir los obstáculos tecnológicos desaparecidos por nuevos obstáculos normativos al comercio de servicios, en forma similar a la sustitución de políticas que se ha examinado con respecto a las mercancías. La amenaza de la sustitución de políticas llevó a estos países a propugnar un mecanismo para asegurar la apertura del comercio internacional de servicios, en el que se incluye el AGCS.

Por otra parte, Hoekman y Kostecki (2001) sostienen que los cambios en la fragmentación de la producción hicieron que las empresas necesitaran un mayor acceso a insumos de servicios eficientes, lo que alentó a su vez a los gobiernos a incluir en sus programas la apertura del comercio de servicios. De manera análoga, Deardorff (2001) constata que como los servicios contribuyen de manera importante a la facilitación de la producción internacional, la apertura del comercio de servicios aumenta los resultados de la apertura del comercio de mercancías. Dado que las cadenas de producción mundiales desempeñan un papel importante en el comercio internacional, la adopción de políticas proteccionistas en la esfera de los servicios y la inversión puede terminar restringiendo el comercio de mercancías, por lo que los trabajos recientes sobre los efectos asociados a la producción internacional (que se analizan en la sección E.1 (b)) pueden proporcionar información útil a este respecto.

En resumen, las teorías económicas actuales del AGCS sólo aclaran partes aisladas del mundo complejo de las negociaciones sobre servicios, lo que contrasta en cierta medida con el marco más desarrollado que utilizan los economistas para analizar la cooperación internacional en el comercio de mercancías, esfera en la que la realización de nuevos trabajos de investigación económica resultaría muy beneficiosa.

(ii) El enfoque basado en el compromiso

Se ha descrito hasta ahora una teoría de los acuerdos comerciales que hace hincapié en el control de los motivos de empobrecimiento del vecino asociados a la manipulación de la relación de intercambio. Una teoría distinta, aunque posiblemente complementaria, de los acuerdos comerciales propone como principio que el objetivo de un acuerdo comercial es atar las manos de los gobiernos miembros y ofrecer así un mecanismo de compromiso externo. Los gobiernos podrían beneficiarse de un acuerdo comercial que facilitara su compromiso con una política de apertura del comercio, ya que los aranceles benefician al sector protegido, pero crean distorsiones que reducen el bienestar global (véase Maggi y Rodríguez-Clare, 1998, 2007; Matsuyama, 1990; Staiger y Tabellini, 1987).¹

La mayoría de las investigaciones que adoptan el enfoque de los acuerdos comerciales basado en el compromiso se han centrado únicamente en los aranceles, y las consecuencias de este enfoque en el trato de las medidas no arancelarias en los acuerdos comerciales no se comprenden tan bien como en el caso de la teoría de la relación de intercambio. Sin embargo, en dos trabajos recientes se aplica el enfoque basado en el compromiso para explicar las características del trato de las MNA en el sistema del GATT/OMC que no es posible comprender mediante el enfoque la relación de intercambio. Brou y Ruta (2009) muestran que un acuerdo que permite que se limiten los aranceles pero que deja otras MNA como las subvenciones internas sin consolidar o expuestas a la manipulación, no constituirá un mecanismo de compromiso eficaz. Esto permite a los responsables de las políticas sencillamente hacer un uso más intensivo de las MNA una vez negociadas las consolidaciones arancelarias (o límites máximos), lo que constituye un claro ejemplo de sustitución de políticas. En este contexto, un gobierno obtiene mejores resultados con un acuerdo que imponga normas sobre las MNA, porque sólo un acuerdo comercial más completo puede garantizar la credibilidad de las políticas. Por tanto, este enfoque esclarece los requisitos normativos previos necesarios para tratar las MNA internas, como las subvenciones o las reglamentaciones nacionales, en el sistema de la OMC.

En un modelo similar, Potipiti (2006) ofrece una explicación de la diferencia de trato entre los aranceles y las subvenciones a la exportación en la OMC. Tanto los aranceles como las subvenciones a la exportación pueden distorsionar la asignación de inversiones, lo que genera una pérdida de bienestar social. Por otra parte, el gobierno puede beneficiarse de las contribuciones procedentes de los grupos de presión de los sectores de importación y de exportación protegidos. Las normas que elegirá el responsable de las políticas para incluirlas en un tratado comercial refleja estos factores compensatorios. Potipiti (2006) muestra que en virtud de las diferentes perspectivas de crecimiento de los sectores de importación y de exportación, un gobierno considera eficiente comprometerse con normas diferentes para las políticas de exportación y de importación. Concretamente, el hecho de que el sector de exportación tenga mejores perspectivas de crecimiento que el sector de importación hace menos atractivas las contribuciones de los grupos de presión de los exportadores, en tanto que aumenta el costo social de las subvenciones a la exportación. En consecuencia, las normas de la OMC que prohíben estas últimas pero solamente limitan el uso de

aranceles, son difíciles de explicar en el marco del enfoque basado en la relación de intercambio, pero pueden comprenderse desde la perspectiva de la teoría del compromiso.

(b) ¿Por qué cooperan los países en materia de MNA? Más allá de la sustitución de políticas

En la sección anterior se han destacado las similitudes entre los aranceles y las medidas no arancelarias y se ha afirmado que los gobiernos pueden utilizar estas últimas en lugar de los aranceles. Esto ha proporcionado una primera justificación para la reglamentación de las medidas no arancelarias en los acuerdos comerciales. Sin embargo, la sustitución de aranceles por MNA no es el único problema que se trata de solucionar mediante la reglamentación de las MNA en los acuerdos comerciales. Esta sección versa sobre esos otros problemas.

Las medidas no arancelarias difieren de los aranceles en varios aspectos; estas diferencias, unidas a la naturaleza cambiante del comercio internacional, pueden constituir razones adicionales para la cooperación en materia de medidas no arancelarias en el marco de acuerdos comerciales. Las MNA responden con frecuencia a preocupaciones cruciales de política pública a nivel nacional e internacional. Su objeto puede ser proteger los intereses generales de los consumidores más que las limitadas preocupaciones de los productores. La preservación de los vegetales, la protección de la salud de las personas y de los animales, la inocuidad de los alimentos y el medio ambiente, o el establecimiento de las normas necesarias para un intercambio equitativo en el mercado son objetivos de política pública. Estos objetivos, aunque son ampliamente compartidos por los Miembros de la OMC, presentan a menudo un amplio espectro de preferencias heterogéneas en cuanto a las políticas. Además, las medidas no arancelarias y los aranceles son diferentes en lo que respecta a su longevidad. Las MNA están sujetas a modificación, porque las necesidades de reglamentación varían de acuerdo con las transformaciones del entorno económico y social. ¿Cuál es el papel de la OMC en este contexto?

En esta sección se presentan dos conjuntos de razones por las que el sistema de comercio debería incluir disciplinas sobre medidas no arancelarias que fueran más allá de las disciplinas necesarias para impedir la sustitución de políticas entre aranceles y MNA (en la próxima sección se ofrecen ejemplos concretos basados en medidas OTC/MSF y medidas relativas a los servicios).

La primera explicación gira en torno a las diferencias entre los aranceles y las medidas no arancelarias y la justificación de la reglamentación de las MNA que se refiere a esas diferencias. Desde este punto de vista, hay tres preocupaciones adicionales relacionadas con la reglamentación de las MNA. La primera es la opacidad en cuanto al propósito y el efecto de algunas MNA. En segundo lugar, las MNA y los aranceles afectan a la competencia de modo diferente, ya que la reglamentación de las MNA puede aumentar los costos fijos y por ende desalentar la entrada en el mercado. Por último, no todas las MNA son impuestas por los gobiernos, ya que pueden también adoptar la forma de normas privadas.

La segunda explicación atañe a la naturaleza cambiante del comercio internacional. El aumento de las cadenas de producción mundiales puede dar origen a nuevos efectos secundarios de las políticas que requieren también una cooperación directa con respecto a las MNA. Las herramientas para abordar las MNA dependen también de si el problema que trata de resolver el acuerdo comercial está ligado a la sustitución de aranceles por MNA o a las dimensiones adicionales de la cooperación. Esta cuestión se trata en la sección E.1 (c).

(i) *Instrumentos opacos*

En las secciones B y C se documenta la utilización creciente de medidas no arancelarias. A medida que aumenta la preocupación por las cuestiones relativas a la inocuidad de los alimentos, la estabilidad financiera y el medio ambiente, los gobiernos recurrirán más y más a las MNA para lograr objetivos de política nacional. La mayor utilización de MNA, sumada a la complejidad y la opacidad de varias medidas no arancelarias, plantea tres desafíos nuevos e interrelacionados para las autoridades nacionales de reglamentación y de los negociadores sobre comercio internacional. En primer lugar, puede haber incertidumbre sobre lo que constituye el nivel eficiente de una medida no arancelaria. En segundo lugar, la cooperación en este ámbito puede verse menoscabada porque el cumplimiento de los acuerdos exige la observación del cumplimiento por cada uno de los gobiernos, y algunas MNA no son fáciles de observar. Por último, si las MNA son opacas, su utilidad como mecanismo para garantizar los compromisos de los gobiernos en virtud de un acuerdo internacional puede ser limitada.

La integración superficial es eficiente en un entorno en el que no hay problemas de información, como se demuestra en los trabajos de Bagwell y Staiger (2001). En cambio, la falta de información perfecta puede ser en sí misma una razón para una cooperación más profunda en materia de medidas no arancelarias en el marco de los acuerdos comerciales. Específicamente, la complejidad de las MNA puede crear ineficiencias incluso si los gobiernos disponen de una información perfecta acerca de sus propias necesidades de reglamentación y de los efectos de las políticas que elijan, pero no conoce el nivel eficiente de las MNA de sus interlocutores comerciales. Esto se debe a que los gobiernos pueden inducir a error a sus interlocutores sobre el propósito de sus políticas, de modo que incluso una comunicación mutuamente beneficiosa resulta difícil. Esta asimetría en la información (que se produce cuando una parte dispone de más o mejor información que la otra) plantea problemas en muchos ámbitos de la cooperación internacional, pero es particularmente importante en el contexto de la reglamentación nacional, ya que el desacuerdo sobre los objetivos de política pública puede ocultar un comportamiento fundamentalmente no cooperativo.

Además, el nivel eficiente de una medida no arancelaria puede variar con el tiempo. Por ejemplo, los objetivos de la reglamentación dependen de factores tales como el estado de la tecnología, la conciencia de los efectos de las fallas del mercado, las prácticas de la industria y las necesidades de la sociedad (véase la sección B). Cuando surgen nuevas situaciones, los gobiernos o bien no siguen limitados por sus compromisos internacionales o bien pueden tratar de que se adopten nuevas disposiciones regulatorias mediante la renegociación de sus acuerdos comerciales con sus interlocutores.

La actualización de los compromisos para reflejar las nuevas necesidades de reglamentación puede afectar el equilibrio existente del acuerdo. Por ejemplo, supóngase que dos gobiernos llegan a un acuerdo sobre los certificados de inspección sanitaria y ambiental para las importaciones de productos lácteos y las exportaciones de pollos. Si se descubre un nuevo contaminante en los productos de queso que no está abarcado por el acuerdo, el Estado que consume los productos lácteos puede tratar de imponer reglamentos no comprendidos en el acuerdo sobre inspección. Si el productor de productos lácteos trata de renegociar, tendrá que haber hecho antes concesiones con respecto a las exportaciones de pollos. En espera de la renegociación, es posible que ambos gobiernos traten de evitar los acuerdos eficientes por temor a que se perjudique su posición. Si no hay ningún mecanismo que permita abordar estas nuevas circunstancias, el hecho de que los gobiernos no puedan incluir todas las contingencias futuras en un contrato impide la elaboración de un acuerdo eficiente a largo plazo (Battigalli y Maggi, 2003).²

Otro problema es que la opacidad de las medidas no arancelarias hace que a menudo resulte difícil asegurar el cumplimiento de los acuerdos. Teóricamente, un gobierno puede amenazar con suspender la cooperación futura si un interlocutor incumple un acuerdo. Sin embargo, esta amenaza depende de la capacidad de cada gobierno de observar cómo cumple el otro su parte del trato. En el caso del comercio, esto exige la vigilancia del nivel de acceso a los mercados. Aunque las leyes suelen publicarse, su aplicación efectiva puede ser opaca y variar según las elecciones de los organismos de reglamentación y las condiciones económicas imperantes.

En un entorno económico incierto, los gobiernos pueden tener dificultades para distinguir si una bajada de las importaciones se debe a la mayor productividad del sector que compite con las importaciones o a la ayuda estatal a través de una protección encubierta (Bajona y Ederington, 2009). Esto dificulta el cumplimiento; es posible que se adopten sin causa medidas de retorsión, o que la infracción de un acuerdo no sea castigada. Además, la posibilidad de que se tomen medidas de retorsión erróneas puede hacer que las partes vacilen en aceptar compromisos más liberales, y perjudiquen así las perspectivas de cooperación internacional.

La opacidad intrínseca de la aplicación de medidas no arancelarias y la dificultad de identificar sus efectos pueden exacerbar también los problemas relativos al compromiso entre los gobiernos y los inversores nacionales. Se piensa generalmente que los acuerdos comerciales ayudan a los gobiernos a asumir compromisos de política con los inversores y los votantes. Sin embargo, los acuerdos internacionales pueden perder su poder vinculante si los agentes internos no ven con claridad las opciones en cuanto a las políticas. Las empresas tienen que decidir hacer inversiones costosas e irreversibles para vender nuevos productos o entrar en nuevos mercados. La incertidumbre sobre las políticas comerciales les incita a esperar y evaluar los efectos de la reglamentación antes de invertir. Esta demora atenúa los efectos positivos de la apertura del comercio y reduce los efectos de compromiso de un acuerdo comercial.

Handley (2011) constata que la incertidumbre acerca de la aplicación de la política comercial en Australia redujo en un 30 por ciento el nivel de entrada de nuevas empresas después de la liberalización. En un estudio conexo, Handley y

Limao (2011) muestran que la incertidumbre en torno a la política comercial redujo considerablemente el acceso de las empresas portuguesas a los mercados de las CE antes de la adhesión de Portugal en 1986. Estos resultados indican que la complejidad y la opacidad de las medidas no arancelarias pueden limitar la eficacia de los acuerdos comerciales en lo tocante a solucionar problemas de compromiso.

(ii) Normas privadas

La mayor parte de este informe se centra en las medidas impuestas por los gobiernos para abordar la conducta de los agentes privados en el mercado, pero el énfasis en la política gubernamental oscurece en cierta medida la capacidad de acción colectiva de los agentes no gubernamentales. Las normas privadas adoptadas por agentes económicos pueden actuar como medidas no arancelarias y afectar al comercio y al bienestar mundial del mismo modo que las medidas

gubernamentales (Robert E. Baldwin, 1970). Por consiguiente, el mismo tipo de problemas que caracterizan la utilización de las MNA, y que venimos examinando, pueden surgir con respecto a las normas privadas. Para hacer frente a estos efectos, los gobiernos pueden firmar acuerdos comerciales en los que se comprometen a reglamentar las normas privadas y a sus autores. En el recuadro E.2 se dan ejemplos de normas privadas comúnmente utilizadas. En esta subsección se evalúan las condiciones en las que los gobiernos elaborarían acuerdos comerciales que abarquen normas privadas en varias condiciones de mercado.

Cuando se trata del comercio de productos finales y las normas siguen siendo voluntarias, las normas privadas se ocupan fundamentalmente de fallas del mercado. En la sección B se describen las condiciones en las cuales estas normas pueden servir para señalar al mercado las características particulares del producto. Esas normas

Recuadro E.2: Ejemplos de normas privadas

Varios tipos de entidades elaboran normas privadas voluntarias, entre ellas empresas, organismos no gubernamentales de normalización (regionales o internacionales), sistemas de certificación y/o etiquetado (por ejemplo, los sistemas Forest Stewardship Council y Marine Stewardship Council), asociaciones comerciales sectoriales (Florverde para las flores; Better Cotton Initiative para el algodón), y otras organizaciones no gubernamentales. Algunos organismos pueden tener carácter sectorial (por ejemplo, abarcar los productos forestales) e internacional.³ Entre los muchos ejemplos de normas voluntarias privadas, consideraremos con fines ilustrativos los tres siguientes.

Bosques y certificación

Forest Stewardship Council (FSC), establecido en 1993 en respuesta a las preocupaciones causadas por la deforestación, es una organización internacional sin fines de lucro cuyo objetivo es la certificación de la ordenación de los bosques.⁴ El FSC tiene diez principios y criterios conexos para la gestión forestal responsable. En ellos se describe, entre otras cosas, cómo deben ordenarse los bosques para satisfacer necesidades sociales, económicas, ecológicas y culturales y se incluyen aspectos de gestión, así como requisitos ambientales y sociales.⁵ Otro ejemplo es el Programme for the Endorsement of Forest Certification (PEFC), una organización que engloba y ha reconocido 30 sistemas nacionales de certificación forestal.

Estas dos organizaciones representan los sistemas de normas más importantes en términos de superficie forestal certificada y abarcan alrededor del 15 por ciento de los bosques productivos del mundo. Además de la certificación de la gestión forestal, los sistemas de normas en el ámbito forestal ofrecen generalmente certificación de la cadena de custodia a los fabricantes y los comerciantes que no participan en el cultivo y la tala de árboles. Este tipo de certificación se basa en prescripciones encaminadas a asegurar que la madera contenida en los productos proviene de bosques certificados. Los certificados de la cadena de custodia han aumentado rápidamente en los últimos años, lo que refleja una demanda cada vez mayor de los consumidores.⁶

Etiquetado de la huella de carbono

Los sistemas de etiquetado de la huella de carbono y sus normas conexas tienen por objeto reflejar la cantidad total de gases de efecto invernadero emitidos durante el ciclo vital de un producto, con inclusión de su producción, transporte, venta, uso y eliminación. Las iniciativas existentes difieren en cuanto a la justificación, el contexto, la información suministrada y la metodología de evaluación. En algunos sistemas de etiquetado se indica la cantidad de carbono emitida durante el ciclo vital de un producto, en tanto que en otros se menciona que el productor se ha comprometido a reducir o compensar su huella de carbono, o que el producto es más eficiente desde el punto de vista de la huella de carbono que un producto comparable.

La primera iniciativa de etiquetado de la huella de carbono fue lanzada en 2007 por Carbon Trust, una empresa independiente sin fines de lucro creada por el Gobierno del Reino Unido, que fue seguida de varias otras iniciativas. Continúan a nivel internacional las actividades encaminadas a armonizar la metodología básica de los sistemas de etiquetado de la huella de carbono.⁷ Un número cada vez mayor de gobiernos han adoptado o están adoptando sistemas de etiquetado de la huella de carbono. Sin embargo, hasta el momento todos son voluntarios (Brenton *et al.*, 2009; Bolwig y Gibbon, 2009).

Normas sobre la inocuidad de los alimentos

En respuesta a las condiciones económicas cambiantes, incluida una demanda creciente de calidad, inocuidad y características de los procesos por parte de los consumidores, y una concentración creciente en el sector del comercio agroalimentario al por menor, las empresas privadas han desarrollado un número creciente de normas sobre inocuidad de los alimentos (Henson y Reardon, 2005). Estas normas son por lo general más estrictas que las normas gubernamentales obligatorias y forman parte integrante de las obligaciones contractuales de las empresas que intervienen a lo largo de la cadena de suministro.

Si bien las normas privadas pueden contribuir a la gobernanza de la inocuidad de los alimentos en las distintas regiones y sectores, cuando hay una multitud de normas en competencia aumentan también los costos de cumplimiento de los proveedores (Fulponi, 2006). Así se explica otra tendencia creciente en el ámbito de las normas privadas, el surgimiento de coaliciones mundiales para la elaboración de normas. Estas coaliciones representan un intento de armonizar los esfuerzos destinados a lograr la inocuidad de los alimentos y el reconocimiento mutuo de las normas nacionales y/o regionales entre los vendedores de alimentos al por menor. Por ejemplo, en 2000 se lanzó la Global Safety Initiative (GFSI) con el fin de fomentar la convergencia de los sistemas de gestión de la inocuidad alimentaria mediante un proceso de evaluación comparativa.

Mediante ese proceso, la GFSI trata de identificar sistemas de inocuidad alimentaria que produzcan resultados coherentes y constantes. Los minoristas que se guían por las recomendaciones de la GFSI deberían ser capaces de identificar proveedores que cumplan las prescripciones de las normas pertinentes sin necesidad de auditorías. Este tipo de iniciativa podría proporcionar a los minoristas la flexibilidad necesaria para obtener sus suministros en todo el mundo y contribuir a la mejora de la eficiencia del sistema alimentario mundial.

voluntarias pueden aumentar el comercio al permitir a las empresas establecer sistemas para informar a los consumidores sobre sus productos, sin necesidad de un acuerdo comercial. Considérese una economía con una sola norma que se abre al comercio. Incluso sin intervención estatal, las empresas pueden formar coaliciones para modificar las normas a fin de adecuarlas a las necesidades de los diferentes consumidores en cada mercado. La apertura del comercio puede producir una armonización "desde abajo" (es decir, iniciada por grupos de la industria privada) que evita la proliferación antieconómica de normas nacionales y la multiplicación de grupos de normas internacionales especializadas (Casella, 2001).

Por otra parte, una vez que la producción se extiende más allá de las fronteras, la gobernanza dentro de las empresas y entre empresas exige una mayor coordinación y vigilancia. En este entorno, las empresas emplean cada vez más normas privadas para superar estos desafíos de gestión de sus cadenas de suministro, lo que tiene sus consecuencias para el acceso a los mercados. Por ejemplo, en un mundo de producción local, las normas privadas sobre inocuidad y calidad de los alimentos eran fundamentalmente requisitos entre empresas y no constituían un desafío importante para el comercio. Sin embargo, con el aumento de la deslocalización, las normas privadas se han transformado en normas colectivas a medida que las empresas dominantes se han esforzado por gestionar los costos de transacción asociados a sus cadenas de suministro mundiales (Henson, 2008). Cuando esas cadenas de suministro han empezado a traspasar las fronteras nacionales, las normas privadas se han hecho cada vez más presentes (Hussey y Kenyon, 2011).

El establecimiento y la adopción de una norma privada acarrea costos que tienen distintos efectos de una empresa a otra y de un país a otro. Por ejemplo, la adopción a escala mundial de una norma utilizada en un mercado nacional implica costos para las empresas extranjeras a que no hacen frente las empresas nacionales (Büthe y Mattli, 2011). Cuando las normas privadas tienen consecuencias distributivas, los gobiernos pueden utilizar acuerdos comerciales para limitar

las consecuencias negativas para el comercio de los organismos de normalización internacionales y nacionales.

Incluso sin un acuerdo comercial, es posible que las empresas limiten la influencia de una norma determinada creando una entidad de normalización privada competidora que establezca normas más favorables. Por ejemplo, World Wide Fund for Nature ayudó a crear un organismo de normalización privado, el Forest Stewardship Council (FSC), para promover la explotación forestal sostenible. En respuesta, los productores establecieron programas de normalización competidores para satisfacer a los consumidores sin adoptar las medidas costosas promovidas por el FSC (Cashore, 2002).

Dependiendo de las necesidades de los ciudadanos y de las empresas, los gobiernos pueden firmar acuerdos para promover o limitar la competencia entre los organismos de normalización. Esos acuerdos pueden alterar considerablemente el entorno normativo. Por ejemplo, Büthe (2010) señala que en el sector de la electrónica, la Comisión Electrotécnica Internacional (IEC) consiguió sacar partido del reconocimiento por la OMC y de su propia posición establecida para desempeñar un papel central en la reglamentación internacional. Además de este ejemplo, la experiencia de la Unión Europea muestra que la designación o el reconocimiento posterior de una determinada entidad de normalización privada afecta a la competencia (Cafaggi y Janczuk, 2010).

Además, una norma "privada" que pasa a ser ampliamente utilizada puede ser el precursor de una reglamentación gubernamental (ya sea en la forma de un reglamento técnico, un procedimiento de evaluación de la conformidad o una medida MSF). Un ejemplo reciente, pertinente para la cuestión del etiquetado de la huella de carbono, es la Ley Grenelle 2 de Francia.⁸ Esta Ley incluye disposiciones sobre etiquetado de la huella de carbono y el análisis de su ciclo vital desde el punto de vista ambiental. Algunas delegaciones de la OMC han expresado preocupación (en el Comité OTC) por la posibilidad de que las prescripciones en materia de etiquetado de la huella de carbono puedan pasar a ser

obligatorias en el futuro; en efecto, un proyecto anterior de la medida había previsto el etiquetado obligatorio. La Unión Europea ha aclarado que la Ley no es obligatoria: se diseñó para presentar a los consumidores la información ambiental adicional que se proporciona sobre los productos.

El análisis que antecede se centra en la elaboración de normas voluntarias y el papel de los acuerdos en la reglamentación de los organismos de normalización cuando la producción está localizada en un solo país. Sin embargo, cuando las redes de producción son mundiales y las tareas se intercambian entre países, las empresas pueden establecer normas para sus proveedores de insumos, y crear así una nueva razón para formalizar acuerdos internacionales sobre normas voluntarias. Como se indicó antes, las empresas optan por recurrir a las normas para garantizar un nivel de calidad o para hacer que los insumos sean compatibles con otras etapas del proceso de producción, exigiendo a menudo a los fabricantes de insumos que compren normas u obtengan licencias de normas en empresas privadas. Sin embargo, en las industrias que sólo tienen unos pocos compradores de insumos, estas empresas pueden estar en condiciones de elaborar normas de manera que aumente su poder en el mercado.

Por ejemplo, supóngase que varias empresas producen naranjas para su venta a un solo fabricante importante de jugo de naranja. El fabricante puede definir las normas de manera que le permita extraer ganancias de los productores de naranjas, por ejemplo exigiendo que las naranjas sean seleccionadas utilizando una máquina de clasificación de naranjas patentada, o que los cultivadores de naranjas obtengan un certificado de gestión sujeto a licencia. Si la empresa está verticalmente integrada, la norma se puede elaborar de manera que se internalicen los beneficios, evitando así efectivamente la competencia para el insumo de que se trate. La competencia imperfecta crea condiciones en que para los gobiernos puede ser ventajoso firmar acuerdos que limiten el grado en que las normas privadas afectan el comercio. Si el elaborador de la norma está en un país distinto del país en que están los proveedores de insumos, el uso de esa norma privada puede resultar ineficiente, al reducir el comercio. En esta situación, el gobierno de los proveedores de insumos preferiría limitar la capacidad normativa de la empresa de la fase posterior.

Dado que tanto las empresas ya establecidas como sus gobiernos tienen un incentivo para influir en las normas privadas a fin de poder captar mercados a expensas de las empresas y las economías competidoras, la negociación recíproca de las reglamentaciones de las organizaciones de normalización privadas puede mejorar la eficiencia. Sin embargo, aunque la mejora del acceso a los mercados para las empresas no establecidas, los exportadores extranjeros y sus respectivos gobiernos, que no tienen ninguna influencia en la elaboración de normas privadas puede procurar importantes ganancias en términos de bienestar, es posible que esas ganancias se obtengan a expensas de algunos intereses nacionales en materia de reglamentación. Por ejemplo, algunos gobiernos exigen que los organismos de normalización privados incluyan a representantes de los consumidores en el desarrollo de las normas, en un entorno de cooperación internacional, los intereses de los consumidores competirían con los de las empresas o los gobiernos extranjeros interesados en abrir los mercados.

En muchos casos, las consideraciones de acceso a los mercados no coinciden con las preocupaciones de los

consumidores, como la protección del medio ambiente y la seguridad. Además, como generalmente los intereses de los productores conllevan costos de acción colectiva inferiores, tienden a estar mejor organizados políticamente que los intereses difusos de los consumidores. Estas fuerzas políticas hacen posible que la cooperación internacional en materia de elaboración de normas privadas influya en la representación de los intereses de los consumidores en el desarrollo y los objetivos de las normas.

(iii) Normas de compatibilidad, reglamentos técnicos y costos fijos

Como se vio en la sección B, varias MNA pueden diferenciarse de los aranceles en sus efectos en los mercados imperfectamente competitivos. En esta subsección se aduce que los gobiernos pueden cooperar para limitar los efectos competitivos estratégicos de las MNA en tres condiciones de mercado distintas. Concretamente, hay una justificación para la cooperación en materia de MNA en los mercados con bienes y servicios horizontalmente diferenciados, cuando los productos presentan diferencias de calidad, y cuando las MNA engendran costos fijos que alteran la entrada de las empresas y la composición de la industria.

Cuando los bienes y los servicios no se consumen en forma aislada y hay diferencias de compatibilidad entre ciertos tipos de productos, puede ser necesario establecer normas para reducir conflictos de forma innecesarios. En los mercados perfectamente competitivos, se supone que los bienes y los servicios son económicamente idénticos, pero en muchos mercados los consumidores muestran preferencias por una u otra variedad de productos. Estas preferencias de los consumidores inducen a las empresas a modificar las características de sus productos para distinguirlos de los de sus competidores, y se produce lo que en la literatura económica se denomina productos horizontalmente diferenciados.

Además, es posible que cada variedad presente niveles más altos o más bajos de compatibilidad con productos complementarios existentes en el mercado. Para fomentar la compatibilidad entre los productos, las empresas, y ocasionalmente los gobiernos, pueden recurrir a una norma de compatibilidad. Esas normas pueden afectar al comercio, por lo que la cooperación internacional en la materia puede promover a la vez la eficiencia del mercado y el bienestar del consumidor (Organización Mundial del Comercio (OMC), 2005b). Por ejemplo, aunque es posible que no haya diferencias cualitativas objetivas entre dos posibles puertos de ordenador, uno de los dos puede tener una mejor interfaz con un popular dispositivo portátil de música. Una norma de compatibilidad garantizaría que la configuración de ese puerto aumentara la compatibilidad con los demás dispositivos disponibles en el mercado. La cooperación internacional sobre esa norma aseguraría que los dispositivos extranjeros no necesiten modificarse para satisfacer las especificaciones de la demanda local.

Una consideración que es preciso tener presente es que las normas de compatibilidad mejoran el bienestar, pero el beneficiario de esta reforma de las políticas puede depender de quién elabore la norma. En la medida en que los promotores de normas en competencia pueden provenir de diferentes países y que el ganador puede obtener beneficios

de la adopción de su norma, entran en juego consideraciones estratégicas de política comercial (Organización Mundial del Comercio (OMC), 2005b). Es posible que los gobiernos se abstengan de eliminar determinadas medidas no arancelarias a fin de promover las normas adoptadas por sus empresas nacionales. Sin embargo, cuando la producción entraña la compra de partes a filiales extranjeras o a entidades no relacionadas, la promoción de las normas reduce los costos de búsqueda y de producción. A medida que la producción pasa a depender cada vez más de cadenas de producción mundiales, la necesidad de una integración más profunda de las políticas se hace más urgente, y se reduce el atractivo de la normalización estratégica.

Una segunda justificación para la cooperación en materia de medidas no arancelarias es la necesidad de abordar el comportamiento estratégico de los gobiernos al establecer esas medidas. Por ejemplo, en los mercados con diferencias de calidad, los consumidores tienen en cuenta la calidad de los productos al tomar sus decisiones de compra. La teoría económica indica que si los consumidores pueden observar la calidad, las empresas que producen un producto de mejor calidad reemplazan los productos más antiguos en el mercado, arrebatando así cuota de mercado a las líneas de productos de las empresas competidoras. A corto plazo, el líder en tecnología puede adoptar un comportamiento monopolista, subiendo los precios y aumentando sus beneficios, pero sin que el precio suba tanto que permita la entrada de sus competidores. Las empresas que quedan detrás estarían obligadas a superar los costos de innovación, además de los precios del monopolista, para vender algún producto (Motta *et al.*, 1997). Este proceso genera un efecto "escalera", según el cual cada nueva empresa vende un producto de mejor calidad a un precio elevado y todas las demás abandonan el mercado, fenómeno que Schumpeter denominó "destrucción creativa".

El principal peligro de esta situación es que los gobiernos pueden adoptar estratégicamente reglamentos técnicos para favorecer a sus empresas nacionales.⁹ Sea cual sea el producto que la empresa termine produciendo, el producto de mejor calidad obtiene mayores beneficios, lo cual resulta ventajoso para el país de origen y para su gobierno (Lehmann-Grube, 1997). Esta posible ventaja tiene consecuencias importantes para el bienestar nacional y genera poderosos incentivos para las industrias que quedan detrás, así como para que sus gobiernos nacionales establezcan políticas que permitan a las empresas nacionales pasar por encima de las empresas líderes y apoderarse del mercado de productos de alta calidad (Herguera y Lutz, 1998). Bocard y Wauthy (2005) describen cómo los gobiernos pueden utilizar medidas no arancelarias en este proceso para asegurar que la empresa nacional pase a ser el líder en calidad. Por ejemplo, una medida técnica que tenga el efecto de restringir la calidad de las importaciones puede permitir que la empresa nacional desarrolle productos en la gama de alta calidad obligando a la empresa extranjera a producir productos de menor calidad. Como la empresa extranjera pierde su condición de líder, las ventajas derivadas de "saltar por encima" se obtienen a costa de la disminución de los beneficios extranjeros. Y como ambos gobiernos tienen el mismo incentivo, cada uno de ellos puede tratar de atar las manos del otro para evitar este tipo de competencia mediante la formalización de un acuerdo internacional sobre MNA.

Una tercera justificación para la cooperación en materia de medidas no arancelarias atañe al hecho de que estas medidas generan un costo fijo de entrada de las empresas extranjeras (véanse las secciones B y D). En el análisis que precede se supone que la tecnología u otros factores causan una competencia imperfecta, pero las MNA pueden también determinar el grado de competencia. Cada empresa que entra en un mercado extranjero tendría que hacer trámites, familiarizarse con los procedimientos aduaneros y pagar derechos de licencia, con lo cual incurriría en costos fijos del ejercicio de la actividad empresarial en lugar de una carga por unidad. Si bien la adición de costos fijos afecta a la relación de intercambio internacional de la misma forma que un arancel, las MNA tendrían un efecto adicional en las decisiones sobre la entrada a un mercado. Cuanto más importante sea la MNA, más tendrán que producir las empresas para participar en el comercio. Si las empresas no son idénticas y las MNA imponen costos fijos, el comercio se concentrará en las empresas más grandes y más productivas, y al mismo tiempo aumentará el número de empresas pequeñas, menos productivas (Nocke y Yeaple, 2008).

Los países tienen varias razones para cooperar a fin de reducir esos costos fijos. Por ejemplo, los gobiernos pueden limitar las medidas no arancelarias para impedir la dependencia excesiva de la economía nacional de unas pocas empresas grandes capaces de hacer frente a los costos fijos. Es posible que los responsables de las políticas teman los efectos de las conmociones económicas, que pueden propagarse con más rapidez y pueden ser más difíciles de absorber cuando hay demasiado pocas empresas grandes. En particular, si una industria está muy concentrada, los efectos de una asignación ineficiente del capital, que disminuirían en un mercado más competitivo, podrían hacerse sentir, aumentando la frecuencia y el costo de las conmociones económicas. Estos efectos no sólo dependerían de la reglamentación del sector de las mercancías; como se examinó en la sección E.4 (e), la reglamentación favorable a la competencia en el contexto de la reglamentación nacional de los servicios es una importante esfera de cooperación activa.

(iv) *Deslocalización*

La proliferación de cadenas de producción mundiales incrementa la interdependencia internacional y puede proporcionar razones para una cooperación profunda en materia de medidas no arancelarias en el marco de acuerdos comerciales. Como se ha visto en la sección E.1 (a), hasta hace poco las teorías del comercio internacional identificaban un efecto secundario internacional importante asociado a la política comercial: el modo en que afecta a la relación de intercambio. La fragmentación del proceso de producción en diferentes países crea nuevos efectos secundarios transfronterizos de las políticas. Antràs y Staiger (2008), por ejemplo, han elaborado un modelo en el que los precios se determinan mediante negociaciones bilaterales porque la producción internacional entraña contratos exclusivos con proveedores de insumos. En este entorno, los beneficios del comercio están divididos entre dos o más empresas participantes, y los precios de los bienes y los servicios objeto de comercio reflejan la contribución relativa de cada eslabón de la cadena de suministro. Como la producción es internacional, algunos de los costos de las fricciones comerciales recaen sobre empresas de Estados extranjeros. Se produce una externalidad internacional

porque los gobiernos no tienen en cuenta todo el valor de la cadena internacional de producción, sino solamente el de su componente nacional.

Concretamente, cuando los precios se fijan mediante negociaciones, los productores de insumos sufren un desplazamiento de rentas (es decir, el desplazamiento de las rentas del proveedor de insumos al productor nacional), en tanto que los productos de elaboración más avanzada experimentan los efectos de relación de intercambio tradicionales. Para hacer frente a este nuevo problema, un acuerdo comercial debería asegurar que las políticas comerciales relativas a las fases posteriores del proceso productivo no distorsionen la negociación entre productores y proveedores de insumos. Cuando los precios se establecen en un mercado competitivo, basta que un país exportador de insumos negocie el arancel directamente vinculado al insumo. Sin embargo, si los precios se establecen mediante negociaciones, además de obtener acceso a los mercados, o un arancel inferior sobre las importaciones del insumo, los gobiernos deben negociar también los aranceles y las políticas nacionales que afectan al *producto final*. Por ejemplo, supongamos que el país A quiere exportar partes de automóviles al país B. El interés del país A ya no se centra solamente en la obtención de reducciones de los aranceles aplicables a las partes de automóviles, sino también en los reglamentos y las normas nacionales del país B relativos a la venta de automóviles acabados. Sin ese compromiso, el país B podría reglamentar gravar o proteger el mercado del producto final de manera ineficiente, a sabiendas de que parte del dolor lo padecen los fabricantes de partes de automóviles del país A. Con el aumento de la deslocalización, estos compromisos más profundos pueden cobrar una importancia cada vez mayor.

La internacionalización de la producción ilustra por qué la herramienta tradicional de apertura del comercio (o sea, las reducciones arancelarias) no ofrece una solución satisfactoria en el caso de las medidas no arancelarias. Consideremos el concepto de la reciprocidad. En el sistema actual, este principio debería llevar a una apertura recíproca del acceso a los mercados para los productos finales. No es difícil ver por qué este concepto no proporciona un principio orientador útil para los negociadores comerciales en el contexto de las medidas no arancelarias y las cadenas de valor mundiales. En términos más generales, las normas sobre comercio existentes se redactaron originalmente para un mundo de comercio internacional de productos finales. La medida en que este marco institucional puede abordar las nuevas formas de interdependencia asociadas con las redes mundiales de producción es una cuestión compleja, que se examina en la sección E.4.

(c) Diferentes enfoques de la reglamentación de las MNA en los acuerdos comerciales

En esta sección se examina la literatura económica reciente sobre la elaboración de disciplinas relativas a las medidas no arancelarias. Se aduce en primer lugar que la integración superficial puede asegurar que los gobiernos tengan la capacidad de emplear MNA en forma eficiente, siempre que no sustituyan los aranceles consolidados por medidas no arancelarias. Se examinan en particular dos normas que permiten el uso legítimo de MNA: el trato nacional y las disposiciones relativas a reclamaciones en los casos en que no existe infracción, y se ponen de relieve sus ventajas e inconvenientes desde el punto de vista institucional. Estas

normas presuponen unos gobiernos bien informados, lo que está en contradicción con la complejidad y la opacidad de muchas medidas no arancelarias. Teniendo esto en cuenta, se examina el papel de las disciplinas destinadas a mejorar la transparencia en los acuerdos comerciales.

En segundo lugar, se sostiene que las diferencias entre medidas no arancelarias y aranceles exigen un nuevo conjunto de instrumentos institucionales que van más allá de la integración superficial. Se repasa la literatura existente sobre integración profunda y se examinan las concesiones recíprocas que implica el reconocimiento mutuo de las prescripciones normativas nacionales, la negociación conjunta de aranceles y medidas no arancelarias en el marco de acuerdos comerciales y la armonización de las MNA a nivel multilateral y regional.

(i) Integración superficial

Los acuerdos superficiales son aquellos que reglamentan directamente los aranceles y otras medidas en frontera pero no llegan a intervenir en las medidas internas más allá de la obligación de trato no discriminatorio de los productos y servicios extranjeros. Como se ha visto en las secciones anteriores, el objetivo fundamental de un acuerdo comercial superficial es proteger contra la posibilidad de que los gobiernos sustituyan medidas de política explícitamente consolidadas en una lista de compromisos por políticas no limitadas con el fin de discriminar contra sus interlocutores comerciales. A continuación se examinan dos normas cuyo fin es limitar este tipo de comportamiento no cooperativo, suponiendo que los gobiernos están perfectamente informados. Cuando los gobiernos no están perfectamente informados, las disposiciones en materia de transparencia pueden desempeñar un papel, tema que se examinará más adelante en la sección E.2 y en la sección E.4.

Trato nacional

Según los economistas, los acuerdos comerciales son contratos incompletos. Esto significa que ningún acuerdo comercial puede abordar las miles de formas en que los gobiernos pueden querer reglamentar la vida económica y que por consiguiente los acuerdos tienen lagunas. Sin embargo, si no están obligados por acuerdos, los gobiernos podrían sentirse tentados a establecer medidas no arancelarias sin tener en cuenta las consecuencias para el acceso a mercados extranjeros. Esto plantea un desafío evidente en lo que respecta a la elaboración de los tratados comerciales. La inclusión de disposiciones específicas en el acuerdo puede colmar parcialmente sus lagunas, pero cada norma nueva aumenta la complejidad y los costos de cumplimiento del acuerdo. Por esta razón, a veces los tratados comerciales incluyen limitaciones explícitas y rígidas para las MNA (Battigalli y Maggi, 2003). Horn *et al.* (2010) muestran en general que las normas sencillas y amplias pueden ser más eficientes, aunque puedan ser inapropiadas en algunas circunstancias.

Una de las principales limitaciones de la discriminación por medio de medidas no arancelarias es la obligación de otorgar a los productos extranjeros un trato por lo menos tan favorable como el concedido a los productos nacionales "similares". Esta obligación de trato nacional figura en el artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo

OTC y está implícita en el artículo XVII del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) y en el artículo 3 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).¹⁰

Los acuerdos que incluyen obligaciones de trato nacional limitan el uso de las medidas internas que afectan a las condiciones económicas de los productos importados. El trato nacional exige que los impuestos o reglamentaciones interiores no discriminen entre fuentes de suministro nacionales y extranjeras y por ende se considera que no es proteccionista. Supongamos que un país quiere utilizar una etiqueta de advertencia sanitaria para limitar la importación de pinturas extranjeras y aumentar las ventas de los fabricantes nacionales de pinturas. Una disposición de trato nacional obliga a que la etiqueta para los productos extranjeros se aplique igualmente a los productos nacionales. Dado que entonces la etiqueta ya no distribuye los beneficios competitivos, es posible que el gobierno renuncie a utilizar la medida sanitaria por motivos proteccionistas. Como resultado, sólo quedan los aranceles para restringir el comercio, pero con arreglo a la cláusula de la nación más favorecida (NMF), esos aranceles deben ser no discriminatorios.

Si bien el trato nacional limita el uso de medidas no arancelarias con fines discriminatorios, algunos autores han aducido que en ciertos casos la norma puede ser demasiado rígida para cumplir los objetivos de política legítimos de los países.¹¹ Horn (2006) describe las formas en que el trato nacional puede ser insuficiente para limitar el uso proteccionista de MNA (en este caso un impuesto interno pigouviano). En primer lugar, una disposición de trato nacional sólo es eficaz cuando hay un producto nacional "similar". Si no hay fabricantes nacionales de pinturas, el gobierno no infringiría la norma de trato nacional independientemente de los motivos o la severidad de la MNA, pese a que esa medida otorgaría de todos modos una ventaja a la relación de intercambio de un país.

En segundo lugar, cuando hay una externalidad negativa asociada al consumo de un producto extranjero – por ejemplo, si las pinturas extranjeras son más nocivas para la salud de las personas que las producidas en el país, pero son con todo productos "similares" a efectos de la norma –, una disposición de trato nacional reduce la capacidad del gobierno de limitar el alcance de una reglamentación costosa exclusivamente a los productos que causan la externalidad.¹² Esta limitación de la reglamentación hace que los negociadores tengan que establecer cuidadosamente sus compromisos arancelarios. No obstante, cabe señalar que si bien las normas de trato nacional establecen una obligación general que puede limitar a la facultad de reglamentar, las normas rígidas reducen los costos contractuales y pueden facilitar los acuerdos en entornos de reglamentación caracterizados por la incertidumbre (Horn *et al.*, 2010).

En los trabajos de investigación recientes se sugiere que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC puede reducir los costos de la utilización de normas de trato nacional rígidas, abordando al mismo tiempo la posible sustitución de políticas por los Miembros de la OMC. Según Battigalli y Maggi (2003), la labor de los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC proporciona un arbitraje que mejora la eficiencia de los acuerdos negociados anteriormente cuando los términos explícitos del acuerdo resultan insuficientes. Los autores sostienen que, si bien los integrantes de los grupos especiales y los miembros del

Órgano de Apelación pueden estar menos informados acerca de las obligaciones óptimas de los Estados Miembros que los propios Miembros, la presencia de un árbitro corrige el uso indebido de una medida no arancelaria causado por la aplicación rígida de una norma de trato nacional.

Por ejemplo, supóngase que los gobiernos negociaron el acceso a los mercados suponiendo que todas las pantallas de ordenador tienen cantidades de mercurio idénticas e igualmente aceptables desde el punto de vista ambiental. Si la producción extranjera de pantallas de ordenador pasa a utilizar un proceso de fabricación con mayor uso de mercurio, una disposición de trato nacional aplicada rígidamente podría no permitir a los gobiernos responder a ese cambio. Gracias a que todos los Miembros de la OMC pueden recurrir al mecanismo de solución de diferencias, los gobiernos pueden así cumplir eficientemente las obligaciones del acuerdo referentes al nuevo producto manteniendo al mismo tiempo el trato nacional.

Hasta el momento se ha supuesto que el mecanismo mediante el cual los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC mejoran la eficiencia de los acuerdos comerciales cuando el trato nacional es demasiado rígido o incompleto no ha sido objeto de análisis. Pero ¿qué función práctica desempeñan los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC en el logro de un resultado conjunto eficiente?

Maggi y Staiger (2011) sostienen que el mecanismo de solución de diferencias puede cumplir una función importante en la interpretación de los acuerdos comerciales cuando las normas son incompletas y es difícil redactar acuerdos eficientes. Los autores consideran diversas funciones posibles de los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC, que van desde una función más bien conservadora, aplicar las obligaciones existentes para asegurar el cumplimiento, a funciones más "activistas", como colmar las lagunas en las obligaciones de los Miembros de la OMC o incluso modificar las obligaciones existentes. Los autores evalúan el alcance y la especificidad ideales de las normas plasmadas en los acuerdos comerciales, como el trato nacional, para cada uno de esos grados hipotéticos de participación de los órganos jurisdiccionales. Su conclusión es que son preferibles las disciplinas más flexibles a las normas rígidas cuando resulta difícil para los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC identificar correctamente la política eficiente.

Casos en los que no existe infracción

Los redactores del GATT trataron de aplacar el temor a que las Partes Contratantes actuaran de maneras que, sin infringir el acuerdo, pudieran menoscabar los compromisos contraídos en el curso de las negociaciones. El artículo XXIII del GATT y el párrafo 3 del artículo XXIII del AGCS permiten que los gobiernos recurran a la solución de diferencias formulando una "reclamación no basada en una infracción". Se permite esa reclamación si un gobierno puede demostrar que ha sido privado de una ventaja esperada como consecuencia de alguna medida adoptada por otro gobierno o de la existencia de otra situación. La finalidad es ayudar a preservar el equilibrio de beneficios alcanzado en las negociaciones multilaterales. Por ejemplo, un país puede haber accedido a reducir el arancel que aplica a un producto como parte de un acuerdo sobre acceso a los mercados y modificar posteriormente su situación normativa de modo que el efecto en las condiciones de competencia siga siendo el mismo que existía cuando se aplicaba el arancel inicial. Se podría

presentar una reclamación contra ese país aunque no exista infracción para restablecer las condiciones de competencia implícitas en el acuerdo inicial. En esta subsección se ilustra cómo las reclamaciones no basadas en una infracción permiten hacer frente al problema de la sustitución de aranceles por MNA y las limitaciones de ese enfoque.

Como se ha explicado en la sección B, en una situación en que la única repercusión transfronteriza de una política es cómo afecta a la relación de intercambio y cuando no hay instituciones que faciliten la cooperación internacional, los gobiernos reglamentarían eficientemente el mercado interno pero se verían incitados a establecer restricciones al comercio ineficientemente altas (Bagwell y Staiger, 2001). Esto se debe a que la única ineficiencia asociada a la elección unilateral de políticas deriva del deseo de obtener una ventaja en la relación de intercambio a expensas de los interlocutores comerciales. Como la externalidad de que se ocupa la reglamentación nacional no afecta al bienestar de los ciudadanos extranjeros, el gobierno no tiene ningún incentivo para reglamentar de manera insuficiente (o en exceso) desde el punto de vista del bienestar mundial.

Por el contrario, cuando los aranceles son objeto de compromiso en un acuerdo comercial, los gobiernos pueden caer en la tentación de utilizar de manera ineficiente una política normativa nacional para influir en la relación de intercambio, alterando las medidas no arancelarias para sustituirlas por medidas arancelarias. En este contexto, Bagwell y Staiger (2001) muestran que la existencia en un acuerdo comercial de una norma relativa a los casos en que no existe infracción desalienta la sustitución de políticas. Concretamente, en presencia de un recurso no basado en una infracción, los gobiernos entienden que corren el riesgo de impugnación jurídica si manipulan sus reglamentaciones con fines proteccionistas después de aceptar una consolidación arancelaria. Si un gobierno no necesita modificar su reglamentación para hacer frente a una nueva falla del mercado interno, la norma relativa a los casos en que no existe infracción permite a ese gobierno reducir su arancel para compensar a los interlocutores comerciales por los efectos de restricción del comercio de la nueva medida.

Una cuestión distinta es la medida en que la interpretación económica de la norma relativa a los casos en que no existe infracción se refleja en la práctica en el sistema del GATT/OMC. Por ejemplo, Staiger y Sykes (2011) aducen que es poco probable que las reclamaciones no basadas en una infracción se utilicen para limitar las reglamentaciones no discriminatorias, aunque distorsionen el comercio. Los tres casos en que prosperaron las reclamaciones no basadas en una infracción se refieren a medidas discriminatorias en frontera. Según los autores, de acuerdo con la interpretación de las normas sobre los casos en que no hay infracción que hizo el Grupo Especial en el asunto *Japón – Películas*, la discriminación es un requisito previo para formular una reclamación, lo que impide la utilización de reclamaciones no basadas en una infracción para abordar muchas de las cuestiones de equilibrio normativo antes descritas. Esta interpretación parece indicar que los cambios no discriminatorios en la política normativa quedarían fuera del ámbito del GATT, tema que se examina más detalladamente en las secciones E.3 y E.4.

Otra cuestión, que se examinó en el Informe sobre el Comercio Mundial 2010 (Organización Mundial del Comercio (OMC), 2010), es la de saber si la doctrina referente a los casos en

que no existe infracción puede hacerse extensiva a otras situaciones en las que la utilización de medidas no arancelarias concede un mayor (y no un menor) acceso a los mercados para los interlocutores comerciales. En esas circunstancias, ¿se debería permitir a los gobiernos ajustar (consolidar) al alza los aranceles cuando cambien sus necesidades en materia de reglamentación? Si no se permitiera esa posibilidad, se podría aducir que los gobiernos vacilarían en promulgar reglamentaciones eficientes cuando ese cambio de política afectara de forma diferente a los productores nacionales.

Consideremos un ejemplo concreto. Supongamos que hay una externalidad negativa, como la contaminación, generada por un producto de fabricación nacional. Si el gobierno hace frente a la externalidad endureciendo los reglamentos ambientales, sus productores nacionales soportarán unos costos de producción que no soportan los productores extranjeros, con lo que las empresas nacionales perderán cuota de mercado. En términos de eficiencia económica, en estas circunstancias, un aumento de un arancel que mantenga el nivel de acceso a los mercados de los productores extranjeros en el nivel que suponía la situación normativa anterior puede estar justificado. La modificación de la combinación de políticas en la economía nacional mejora el bienestar, porque permite al gobierno hacer frente al problema de la contaminación preservando al mismo tiempo el nivel de acceso a los mercados otorgado a los exportadores extranjeros.

Transparencia

Como se ha visto antes, la transparencia sobre las medidas no arancelarias es una condición necesaria para lograr (y hacer cumplir) la cooperación en materia de política comercial. Esto explica por qué el sistema multilateral de comercio procura mejorar la transparencia de las MNA. El GATT, el AGCS, y los Acuerdos MSF y OTC incluyen varias obligaciones – como el requisito de publicación y notificación de las MNA y las medidas relativas a los servicios – cuyo objetivo es mejorar la transparencia. Estas obligaciones de transparencia han sido objeto de importantes debates en los comités pertinentes de la OMC, y se han tomado varias medidas para mejorar aún más la transparencia. Por ejemplo, en el Cuarto Examen Trienal del Acuerdo OTC, el Comité OTC convino en compartir experiencias sobre buenas prácticas de reglamentación. En un informe de la Junta Nacional de Comercio de Suecia se llega incluso a decir que "las buenas prácticas de reglamentación a nivel nacional son el aspecto más importante de los esfuerzos por evitar OTC innecesarios" (Kommerskollegium, 2010). Estos esfuerzos, así como otros similares en el ámbito de las medidas relativas a los servicios y las MSF, se examinan más adelante en la sección E.2.

Estos esfuerzos se basan principalmente en la idea de que los gobiernos pueden beneficiarse de los conocimientos técnicos especializados y las experiencias que otros gobiernos han acumulado al promover una política eficiente y transparente. Cadot *et al.* (2011) aducen que documentar y comprender las medidas no arancelarias y sus efectos constituye la primera etapa en cualquier esfuerzo encaminado a hacer más eficientes las MNA, en particular en países que luchan con legados de reglamentaciones complicadas y sancionadoras. Los gobiernos aplicarían políticas subóptimas porque no tienen plena conciencia de sus efectos ni de la existencia de mejores opciones.

Dicho esto, el razonamiento económico que figura en la sección E.1 (b) indica que los gobiernos también se ven movidos a

utilizar instrumentos opacos para ganar ventaja a expensas de otros gobiernos. Como se examinará en la sección E.4 (b), es posible que carezcan de incentivos para adoptar medidas de transparencia precisamente porque dichas medidas logran reducir los obstáculos al comercio. Mediante el compromiso de los gobiernos de notificar las medidas internas y participar de buena fe en los debates sobre la reducción del impacto de las medidas no arancelarias en el comercio, la Secretaría de la OMC podría contribuir de manera importante a arrojar luz sobre las medidas opacas (Collins-Williams y Wolfe, 2010). La función económica del proceso de notificación y la elaboración eficiente de normas destinadas a abordar los problemas de falta de incentivo de los gobiernos para ofrecer información son áreas de investigación en la que sería muy deseable que se desarrollaran nuevos trabajos.

(ii) Integración profunda

Como se explicó en la reseña histórica que figura en la sección A, el trato de las medidas no arancelarias en el sistema multilateral de comercio ha evolucionado a lo largo del tiempo. Al principio se hacía hincapié en la necesidad de asegurar que las reducciones arancelarias no resultaran neutralizadas por MNA. Precisamente sobre esta lógica reposa el enfoque de integración superficial inherente a ciertas normas examinadas más arriba como el trato nacional y las reclamaciones no basadas en una infracción.

Con el tiempo, las relaciones comerciales han evolucionado en respuesta a varios factores, entre ellos la importancia creciente de la producción internacional, la necesidad cada vez mayor de reglamentar para proteger a los consumidores, y otros intereses generales de la sociedad como la salud pública y el medio ambiente. Estos cambios han generado presiones sobre las instituciones encargadas del comercio y los gobiernos han buscado formas de ir más allá de los arreglos de integración superficial para pasar a formas más profundas de cooperación (a nivel multilateral o regional). La elaboración de acuerdos comerciales profundos para reglamentar las medidas no arancelarias es el tema de esta subsección.

No hay ninguna definición generalmente aceptada de integración "profunda". Lawrence (1996), que usó por primera vez el término, califica de profundos los acuerdos comerciales que incluyen normas sobre políticas nacionales adoptadas "en el interior de las fronteras". Por otra parte, muchas veces se define la integración profunda simplemente por oposición a los arreglos superficiales presentados en la subsección anterior, como todo acuerdo que imponga nuevos límites a la autonomía regulatoria local. En el *Informe sobre el Comercio Mundial 2011* (Organización Mundial del Comercio (OMC), 2011b) el lector encontrará un análisis más detallado del concepto de integración profunda; aquí la atención se centra en tres enfoques de la integración profunda que suelen surgir en el debate académico y el debate sobre las políticas: el reconocimiento mutuo, la vinculación de los aranceles y las medidas no arancelarias en las negociaciones comerciales y la armonización de las medidas internas. Estos diferentes enfoques ofrecen varias herramientas para cooperar sobre las medidas no arancelarias en el marco de un acuerdo comercial.

Reconocimiento mutuo

Para limitar el uso discriminatorio de las medidas no arancelarias, los gobiernos han ido más allá de la norma de trato nacional y han adoptado políticas que van desde la

"competencia en materia de reglamentación" a la "armonización" (Hussey y Kenyon, 2011). El reconocimiento mutuo de las reglamentaciones nacionales es uno de los enfoques que se ha adoptado, en particular, en la Unión Europea. Concretamente, siempre que otro miembro de la UE venda un producto dentro de sus fronteras, se presupone que satisface las prescripciones normativas internas en otras partes de la Unión (véase también la sección D.3). En virtud del principio de reconocimiento mutuo, esto significa que cada gobierno tiene plena soberanía sobre sus propias reglamentaciones técnicas en el caso de los productos producidos en el país, pero su capacidad de hacer extensivas esas políticas a sus interlocutores comerciales o de determinar las características de los productos consumidos en el país es limitada.

El reconocimiento mutuo tiene beneficios y costos en comparación con las disciplinas de trato nacional examinadas *supra* (Costinot, 2008). Por ejemplo, supóngase que hay una externalidad asociada al consumo de un producto nacional o extranjero. Si hay una disposición de trato nacional (y los gobiernos no coordinan de otra manera las reglamentaciones técnicas), sea cual sea la reglamentación técnica seleccionada ésta se hará extensiva a los productos del Estado extranjero. En rigor hay una reglamentación técnica para todos los productos "similares". En esta situación, el problema es que parte de los costos del cumplimiento de la reglamentación técnica unificada recae sobre los productores extranjeros, cuyo bienestar no es tenido en cuenta por el gobierno del país en cuestión. Esto puede dar como resultado una reglamentación excesivamente estricta que el gobierno sólo internaliza los costos de las reglamentaciones relativas a los productores nacionales y no las relativas a productores extranjeros, da más peso a las preocupaciones de los consumidores nacionales.

Por otra parte, si los países adoptan el reconocimiento mutuo, los gobiernos podrían caer en la tentación de suavizar las reglamentaciones, lo que llevaría a una "carrera regulatoria a la baja" porque las normas no tendrán en cuenta las externalidades que afectan al mercado extranjero. Basándose en estas concesiones recíprocas que caracterizan el trato nacional y el reconocimiento mutuo, Costinot (2008) constata las condiciones en la que un enfoque es superior al otro y considera concretamente que el trato nacional tiende a ser más eficiente cuando los productos objeto de comercio están asociados a niveles elevados de efectos secundarios transfronterizos.

Los gobiernos pueden también modificar un acuerdo para paliar algunas de las debilidades de este enfoque. Un conjunto de normas mínimas previamente negociadas puede servir para evitar resultados extremos (e inferiores desde el punto de vista social). Por ejemplo, en 1985, cuando la Unión Europea adoptó el reconocimiento mutuo de la legislación de los Estados miembros sobre los productos, las directivas de la UE establecieron "las exigencias esenciales que debían cumplirse para asegurar la protección de la vida, la salud y el medio ambiente, etc." con el objetivo específico de evitar una carrera a la baja en la reglamentación (Kommerskollegium, 2010).

Vinculación de los aranceles y las MNA en las negociaciones comerciales

Los economistas han desarrollado dos conjuntos de argumentos para apoyar la idea de que en las negociaciones comerciales se deberían vincular los aranceles y las medidas no arancelarias, por ejemplo las reglamentaciones

ambientales o laborales nacionales. Más adelante nos referiremos a ellos como el argumento del "gran pacto" y el argumento del "cumplimiento".

De acuerdo con esta perspectiva, la cooperación en materia de política arancelaria y no arancelaria es mutuamente beneficiosa y se refuerza por sí misma. En consecuencia, la vinculación de diferentes medidas en un único gran pacto, por ejemplo intercambiando una bajada de los aranceles por nuevas reglamentaciones ambientales, puede asegurar una cooperación que aumente el bienestar en mayor medida que las negociaciones separadas (Abrego *et al.*, 2001). Aunque este argumento tiene cierto atractivo, la vinculación de las negociaciones sobre diferentes medidas y diferentes esferas de política también tiene un coste: el de una mayor complejidad. La probabilidad de lograr un resultado satisfactorio, en consecuencia, puede depender en gran parte de este entorno contractual más articulado.

Un segundo argumento para reglamentar y vincular las medidas no arancelarias en un acuerdo comercial es la posibilidad de utilizar los aranceles como medio para asegurar el cumplimiento (Ederington, 2002; Limao, 2005; Spagnolo, 2001). En una situación en la que los gobiernos tienen un incentivo para utilizar medidas internas para manipular la relación de intercambio, Ederington (2002) aduce que la retorsión mediante aranceles es la forma más eficiente de hacer cumplir la cooperación tanto sobre aranceles como sobre medidas no arancelarias. Por el contrario, no es nunca eficiente permitir que los gobiernos distorsionen sus opciones de reglamentación con fines de acceso a los mercados.

En una situación diferente, en la que la cooperación en materia de reglamentación de las medidas no arancelarias es beneficiosa pero tropieza con un problema de cumplimiento, la incorporación de estas medidas en un acuerdo comercial puede proporcionar un medio de castigar a los infractores y aumentar así el bienestar (Spagnolo, 2001). Por otra parte, las vinculaciones pueden contrarrestar los esfuerzos de apertura del comercio. Según Limao (2005), la vinculación de la reglamentación de los aranceles y las MNA puede con todo mejorar el bienestar siempre que los efectos secundarios transfronterizos sean suficientemente grandes (es decir, cuando las políticas son complementos estratégicos).

Armonización

En la sección D se define la armonización de las MNA como el establecimiento de medidas comunes, tales como normas técnicas o de seguridad, en diferentes jurisdicciones. En dicha sección, la atención se concentra en los efectos de esas medidas comunes en el comercio. Aquí se insiste en cambio en la cuestión de la organización institucional: en qué condiciones la armonización de las medidas no arancelarias es beneficiosa para los países.

Los economistas han formulado un principio sencillo para comprender los costos y beneficios de la armonización de las políticas en diferentes jurisdicciones, que se conoce como el teorema de la descentralización de Oates (Oates, 1972). Este teorema demuestra que el establecimiento de políticas comunes, como los reglamentos técnicos armonizados, conlleva una compensación básica. Los beneficios dependen del alcance de los efectos secundarios transfronterizos, por ejemplo, del grado en que determinada reglamentación

nacional sobre medio ambiente repercute en el bienestar de los ciudadanos extranjeros. Los costos dependen de lo importantes que sean las diferencias en las preferencias de política entre los distintos países. Concretamente, para cada país, el costo de la armonización de una medida no arancelaria consiste en que aleja la medida de su política nacional preferida (hay una pérdida de soberanía nacional); el beneficio consiste en que una MNA armonizada tiene en cuenta el impacto de la medida en el bienestar nacional y extranjero (se internaliza el efecto secundario de la política).

El teorema de la descentralización de Oates encierra una predicción sencilla e intuitiva que puede servir como principio orientador para los encargados de las políticas. La armonización de las medidas no arancelarias es una respuesta institucional eficiente siempre que se considere que los efectos secundarios transfronterizos de las políticas son considerables y/o las diferencias en las preferencias de los distintos países en materia de política no son importantes. Por ejemplo, Birdsall y Lawrence (1999) aducen que la integración profunda con economías avanzadas puede generar ventajas para los países en desarrollo en cuanto importan prácticas de reglamentación óptimas, pero esos beneficios han de contrastarse con el costo que supone para los gobiernos la adopción de unas normas comunes que, en algunos casos, no coinciden con las preferencias nacionales y las necesidades de los países en desarrollo. Por tanto, este marco teórico ayuda a los negociadores a identificar ámbitos en los que las consideraciones relativas al bienestar social pueden justificar la armonización de las políticas.

Una cuestión conexa es cuál sería el foro apropiado para la armonización. En tanto en cuanto las medidas no arancelarias tengan efectos secundarios transfronterizos, como es el caso de las políticas relacionadas con el cambio climático o las normas sobre inocuidad de los alimentos, la cooperación internacional es necesaria. Sin embargo, esta cooperación puede muy bien inscribirse en el marco de un acuerdo sectorial o de un organismo de normalización, es decir, fuera de la competencia de la OMC. Desde el punto de vista de un acuerdo comercial, se trata de una cuestión de coherencia internacional, o de la relación que existe entre las medidas ambientales o las normas sobre inocuidad de los alimentos y las normas de comercio internacional. Volveremos a ocuparnos de este asunto en las secciones E.2 y E.4.

Una segunda cuestión es la de saber si es más apropiado armonizar las medidas no arancelarias a nivel multilateral o a nivel regional/bilateral (por ejemplo, en el marco de los acuerdos comerciales preferenciales). En el *Informe sobre el Comercio Mundial 2011* (Organización Mundial del Comercio (OMC), 2011b) se documenta que un número creciente de ACPR van más allá de las reducciones arancelarias e incluyen normas comunes sobre MNA tales como normas armonizadas o procedimientos de evaluación de la conformidad armonizados (prácticas constatadas en más del 40 por ciento de una muestra de 58 ACPR examinados). A la luz del análisis precedente, esta constatación no es sorprendente. Los miembros de un ACPR pueden compartir preferencias en materia de políticas más parecidas y/o sufrir efectos secundarios de las políticas más intensos que los miembros del sistema multilateral de comercio en general. En este sentido, la armonización en el contexto regional podría proporcionar un nivel intermedio de integración apropiado situado entre la integración de algunas naciones y la integración a escala mundial.

Sin embargo, como se vio en el *Informe sobre el Comercio Mundial 2011* (Organización Mundial del Comercio (OMC), 2011b), los ACPR surten también efectos sistémicos a través de la segmentación del mercado que podrían llevar a una divergencia entre las reglamentaciones y tener efectos desfavorables en el bienestar mundial. Por ejemplo, una compensación importante que se examina en la literatura es que la armonización de la reglamentación entre países con diferentes niveles de desarrollo puede reforzar una estructura radial del comercio en la que el interlocutor más importante representa el centro a cuyas normas se conforman los radios. Esta estructura puede entrañar costos; Disdier, Fontagné y Cadot (2012) usan un modelo de gravedad para demostrar que cuando los interlocutores comerciales desarrollados toman medidas para armonizar sus reglamentaciones con un interlocutor desarrollado, el comercio con los países en desarrollo disminuye.

2. Cooperación en esferas de política específicas: medidas OTC/MSF y medidas relativas a los servicios

En la sección anterior se ofreció un análisis teórico de la justificación económica de la cooperación en materia de medidas no arancelarias en los acuerdos comerciales. En esta sección se indican las razones por las que los países cooperan en esa materia en esferas de política específicas y el modo en que lo hacen, prestando especial atención a las medidas OTC/MSF y a la reglamentación nacional en la esfera de los servicios.

(a) Cooperación en materia de medidas MSF/OTC

En esta sección se argumenta que los países cooperan en materia de medidas MSF/OTC para resolver los problemas de información que surgen cuando los gobiernos tratan de establecer un equilibrio entre la restricción del comercio y el logro de objetivos de política, y cuando intentan aplicar prácticas idóneas en el proceso de reglamentación. A tal fin, los países cooperan, entre otras cosas, elaborando, divulgando y adoptando criterios comunes con respecto a la reglamentación. Estas actividades, que promueven la cooperación en el ámbito de la reglamentación, tienen lugar en diversos foros como, por ejemplo, los Comités OTC y MSF de la OMC, los mecanismos de cooperación en materia de reglamentación y las instituciones internacionales con actividades de normalización. Esta sección se centra en la cooperación en materia de aplicación de los actuales Acuerdos OTC y MSF.

(i) ¿Por qué cooperan los países en materia de MSF/OTC?

Los países recurren a las medidas MSF/OTC, que incluyen los reglamentos técnicos, las normas y los procedimientos de evaluación de la conformidad, para alcanzar objetivos legítimos de política, como la protección de la salud humana y el medio ambiente o la prevención de la propagación de enfermedades y plagas. Las medidas adoptadas para alcanzar los objetivos declarados tienen invariablemente efectos en el comercio, algunos de los cuales son tal vez

justificables, mientras que otros pueden ser impugnados por considerarse discriminatorios o simplemente innecesarios para alcanzar el objetivo perseguido. De ahí la necesidad de establecer disciplinas.

Los Acuerdos OTC y MSF exigen que los Miembros de la OMC, al elaborar y aplicar medidas, establezcan un equilibrio entre el logro de los objetivos legítimos que persiguen y la restricción del comercio. En particular, los Miembros deben asegurarse de que las medidas no restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo de que se trate, que sus efectos de restricción sean proporcionales al riesgo de no alcanzar el objetivo de política, que estén basadas en principios científicos y no se mantengan sin testimonios científicos suficientes y que no discriminen de manera arbitraria o injustificada entre los Miembros en que prevalezcan las mismas condiciones.

En virtud de los Acuerdos MSF y OTC, los Miembros tienen autoridad soberana para decidir el modo de reglamentar. Sin embargo, no siempre disponen de suficiente información o capacidad para hacerlo de manera eficaz o eficiente. Los Miembros pueden enfrentarse a este respecto con dos problemas de información importantes. En primer lugar, puede que los Miembros no sepan qué medida será más eficiente para establecer el equilibrio antes mencionado entre la restricción del comercio y el logro de sus objetivos. En segundo lugar, puede que no sepan cuál es el mejor modo de elaborar y aplicar medidas MSF/OTC durante todo el ciclo de reglamentación. El hecho de que esas medidas sean a menudo opacas y complejas, como se indicó en la sección E.1, agrava aún más estos problemas.

De hecho, los procesos reglamentarios y sus efectos pueden ser difíciles de apreciar, por lo que los gobiernos tropiezan a menudo con dificultades para comprender las necesidades en materia de reglamentación o los costos y beneficios de sus intervenciones (Harrington *et al.*, 2000). Es posible por tanto que los Miembros utilicen una medida MSF/OTC concreta cuando no es un instrumento eficiente ni eficaz para su objetivo de política o genera obstáculos innecesarios al comercio internacional. Si los Miembros imponen medidas MSF/OTC que no permiten establecer el equilibrio prescrito en los Acuerdos, se arriesgan a que esas medidas sean impugnadas en los Comités OTC o MSF o, en último término, en el marco del mecanismo de solución de diferencias.

El establecimiento de un criterio de referencia convenido a nivel internacional para la elaboración de una reglamentación eficiente correspondiente a un determinado objetivo de política puede ayudar a resolver el primero de esos problemas de información. Ese criterio de referencia puede utilizarse para determinar si una medida MSF/OTC responde adecuadamente a los objetivos de política, puesto que las medidas que restrinjan el comercio más de lo que establece dicho criterio podrían suscitar dudas. Los Acuerdos MSF y OTC cumplen esa función al alentar firmemente a los Miembros a que armonicen sus medidas MSF/OTC con las normas internacionales pertinentes, que en teoría se elaboran recurriendo a los mejores conocimientos científicos y técnicos mundiales disponibles sobre una determinada cuestión.

Por lo que respecto al segundo problema de información, podría ser conveniente utilizar un conjunto convenido de medidas de reglamentación que definan lo que es una intervención eficaz en ese ámbito. El hecho de utilizar un lenguaje normativo común

aumenta la transparencia y la previsibilidad de las medidas MSF/OTC y proporciona unos criterios comunes para evaluarlas. Los Miembros se alientan mutuamente a aplicar enfoques comunes, como las "buenas prácticas de reglamentación", cuando preparen dichas medidas, lo que se ve reforzado por los debates en los Comités.

(ii) ¿Cómo cooperan los países en materia de medidas MSF/OTC?

Los Miembros cooperan al menos de tres modos para hacer frente a los problemas de información relacionados con las medidas MSF/OTC: a nivel multilateral, mediante debates en los Comités OTC y MSF; recurriendo a las normas internacionales como base de la reglamentación; y, de manera más general, utilizando y divulgando buenas prácticas de reglamentación y cooperando en esa esfera.

Aunque este término no figura expresamente en el Acuerdo OTC ni en el Acuerdo MSF, los debates en ambos Comités promueven la "convergencia de las reglamentaciones" reduciendo la diversidad innecesaria en el modo en que reglamentan los gobiernos.

Las buenas prácticas de reglamentación y la cooperación en materia de reglamentación

Aun cuando estén destinadas a alcanzar un mismo objetivo de política, no todas las reglamentaciones son iguales: existen variaciones significativas entre países. Si bien algunas diferencias son sin duda inevitables y puede que incluso sean necesarias, se han extraído algunas enseñanzas generales sobre el modo de reglamentar de manera eficaz y eficiente a lo largo de todo el ciclo de reglamentación. Lo esencial de estas enseñanzas se ha incorporado en las buenas prácticas de reglamentación.

Instituciones como el Banco Mundial, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y el Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC)¹³ han recopilado experiencias y orientaciones sobre esta cuestión. Las buenas prácticas de reglamentación hacen hincapié, entre otras cosas, en un proceso de deliberación que permita identificar los problemas relacionados con las políticas públicas, examinar los costos y beneficios de medidas regulatorias alternativas (o de la no intervención en esta esfera), utilizar evaluaciones del impacto de la reglamentación, recurrir a una reglamentación basada en los resultados, proceder a una coordinación eficaz de las políticas internas (con respecto a las obligaciones en el marco de la OMC) y asegurar la transparencia y la apertura para facilitar la participación de los interesados en el proceso de reglamentación. Por consiguiente, la aplicación de buenas prácticas de reglamentación puede ayudar a mejorar la labor reguladora al aumentar la transparencia y la apertura del proceso de reglamentación y someter la adopción de decisiones en esa materia a análisis de impacto y a exámenes periódicos.

Una divulgación y utilización a gran escala de las buenas prácticas de reglamentación puede ayudar en cierta medida a crear un marco común y previsible en el que los países lleven a cabo sus intervenciones en la esfera de la reglamentación y que les induzca a hablar el mismo "lenguaje normativo". Esta es la razón por la que los Miembros de la OMC concluyen arreglos bilaterales y plurilaterales de cooperación en materia de reglamentación.¹⁴ Esta cooperación es un proceso mediante el cual funcionarios de diferentes gobiernos entablan un diálogo en diversos entornos formales e informales, en particular intercambiando información sobre las normas y principios aplicados para reglamentar los mercados, con objetivos tales como elaborar reglamentos y procedimientos de ensayo más compatibles y transparentes, simplificar la reglamentación y reducir los obstáculos al comercio, y procurar que resulte más fácil y

Recuadro E.3: Ejemplos de cooperación en materia de reglamentación en la esfera de los OTC¹⁵

APEC: Tecnologías ecológicas

Los miembros del Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC) comparten objetivos con respecto al comercio y la protección del medio ambiente que tratan de alcanzar mediante la cooperación en materia de reglamentación de las nuevas tecnologías medioambientales. En la Reunión de Ministros de Comercio del APEC de 2011 se hizo hincapié en la importancia de la apertura del comercio y la inversión en la región de Asia y el Pacífico para alcanzar el objetivo común de proteger el medio ambiente. La razón que explica esa cooperación es que la reducción de los obstáculos innecesarios al comercio de bienes y servicios ambientales y la inversión en ellos reduciría sus costos y aumentaría el acceso a tecnologías ecológicas, promoviendo de ese modo el logro del objetivo común de proteger el medio ambiente.

El Subcomité sobre Normas y Conformidad del APEC se ha esforzado en promover la cooperación regional en sectores ecológicos mediante el intercambio de información, el aumento de la transparencia y el establecimiento de una base para la utilización de las normas, los reglamentos técnicos y los procedimientos de evaluación de la conformidad. Entre esas actividades cabe citar la "Iniciativa sobre normas y conformidad en la esfera de las tecnologías solares" y el programa "Edificios ecológicos y crecimiento ecológico". En el contexto de estas iniciativas, los miembros del APEC han reconocido la necesidad de ajustarse a las normas internacionales, promover el reconocimiento mutuo de la certificación y aumentar la participación de los interesados en el proceso de normalización.

En el marco de esas iniciativas se han realizado varios estudios sobre tecnologías ecológicas, en particular sobre construcción ecológica, en cooperación con el Banco Mundial y el World Green Building Council (Consejo Mundial de Construcción Ecológica). En este contexto, se ha reconocido la necesidad de mejorar la coherencia en el empleo de la terminología relacionada con los edificios ecológicos para aumentar la transparencia y facilitar a los productores el cumplimiento de las prescripciones impuestas por los diferentes interlocutores regionales. En las actividades de elaboración de normas sobre los edificios ecológicos del APEC participan colectivos públicos y privados. El Subcomité sobre Normas y Conformidad del APEC colabora también con el Comité Consultivo sobre Normas y Calidad de la ASEAN en actividades relacionadas con este tema.

Esta iniciativa ilustra el modo en que la cooperación en materia de reglamentación permite abordar un objetivo común de los miembros del APEC: subsanar las fallas del mercado que tienen efectos transfronterizos relacionados con la contaminación ambiental. Además, este ejemplo muestra cómo están tratando los países de emprender actividades de cooperación en materia de reglamentación en las fases iniciales de las tecnologías ecológicas para asegurarse de que en el futuro los criterios normativos promuevan la protección del medio ambiente y el comercio.

Unión Europea – China: Juguetes

RAPEX¹⁶-China es un mecanismo de intercambio de información en línea entre China y la UE cuyo objetivo es mejorar y regularizar la transmisión de datos sobre la administración y aplicación de medidas relativas a la seguridad de los productos. Esta iniciativa fue el resultado de un memorándum de Entendimiento firmado en 2006 entre la Dirección General de Salud y Consumidores de la Comisión Europea (DG SANCO) y la Administración Estatal General de Supervisión de la Calidad, Inspección y Cuarentena de China (AQSIQ), y es un elemento de la cooperación en materia de reglamentación entre la Unión Europea y China.

Incluye el intercambio de información entre la DG SANCO y la AQSIQ sobre los juguetes originarios de China que se han considerado peligrosos y que, por consiguiente se han prohibido o retirado del mercado europeo (medida que se notifica a la Comisión Europea a través del sistema RAPEX). Por su parte, la AQSIQ se esfuerza en prevenir futuras prohibiciones de juguetes chinos en el mercado europeo e informa a la Comisión Europea sobre los resultados de las investigaciones realizadas en respuesta a esas notificaciones, incluidas las medidas adoptadas.

El objetivo de esta iniciativa es garantizar la calidad y seguridad de los productos de consumo, proteger los derechos e intereses de los consumidores y aumentar la confianza de los consumidores en el contexto del crecimiento del comercio entre China y la Unión Europea. Además, la iniciativa pretende fomentar la coordinación de las normas sobre juguetes a nivel de la Organización Internacional de Normalización (ISO) y sensibilizar a China con respecto a las prescripciones aplicables a los juguetes en la Unión Europea, e incluye también actividades de cooperación técnica para mejorar la calidad y seguridad de los productos. RAPEX-China contribuye a reforzar la confianza entre los órganos de reglamentación y los consumidores, reducir las fricciones comerciales y crear una cultura de seguridad de los productos, al tiempo que mantiene la apertura del mercado de juguetes entre la Unión Europea y China.

Este ejemplo resulta interesante porque utiliza un nuevo mecanismo de intercambio de información para favorecer la cooperación con miras a garantizar la seguridad de los juguetes. China y la Unión Europea aplican reglamentos o normas nacionales diferentes sobre seguridad de los juguetes, dadas las diferentes preferencias nacionales a ese respecto. Según este arreglo, la cooperación se centra en la corriente comercial de juguetes que se desarrolla fundamentalmente en un solo sentido, de China a la Unión Europea. Una alternativa a este arreglo de intercambio de información podría ser la armonización con las normas internacionales o la plena armonización de las prescripciones técnicas, pero estas opciones son objetivos poco realistas por varios motivos. Por el contrario, el intercambio de información permite tanto a China como a la Unión Europea unir esfuerzos para cumplir objetivos de política compartidos reduciendo las asimetrías en la información.

menos costoso para los exportadores demostrar la conformidad con diferentes prescripciones.

Iniciativas como el Acuerdo Transpacífico de Asociación, el Consejo Económico Transatlántico, el Foro de Alto Nivel sobre Cooperación en materia de Reglamentación entre los Estados Unidos y la Unión Europea, el Acuerdo Transasiano de Reconocimiento Mutuo y las actividades de instituciones como la Organización Regional de Normalización del Asia Meridional, el APEC, la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) y la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa son ejemplos de arreglos de cooperación entre países en materia de reglamentación.¹⁷

Los mecanismos de cooperación en materia de reglamentación pueden ofrecer una oportunidad para influir en el modo en que se aplican las medidas MSF/OTC en otros países. El fomento de las buenas prácticas de reglamentación en esos mecanismos facilita el debate y el intercambio de información sobre las medidas adoptadas por los interlocutores comerciales al proporcionar criterios y términos comunes para evaluarlas. Los mecanismos formales y permanentes de cooperación en materia de reglamentación (como el Consejo Económico Transatlántico entre los

Estados Unidos y Europa) pueden aumentar la certidumbre en cuanto a las futuras respuestas normativas de un interlocutor con respecto a determinados problemas o productos. Además, por lo general la cooperación en materia de reglamentación tiene por objeto reforzar la confianza de los órganos reguladores en los sistemas de reglamentación y sus resultados, lo que ayuda a crear seguridad en que las medidas MSF/OTC, y los procedimientos de evaluación de la conformidad permitirán establecer un equilibrio adecuado entre los objetivos de política y la restricción del comercio.

Existen diferentes grados de confianza, formalidad y participación. La forma más básica de cooperación consiste simplemente en el intercambio de información y el fomento de la confianza, con lo que se reducen los costos de transacción. Una forma más avanzada de cooperación es el reconocimiento mutuo de los sistemas de acreditación y los procedimientos de ensayo, que reduce los costos de las exportaciones al permitir que la evaluación de la conformidad con las prescripciones de los mercados de exportación se realice en laboratorios nacionales antes de la exportación. Otros tipos de mecanismos que entrañan niveles aún más altos de confianza y participación son el reconocimiento mutuo de los resultados de las evaluaciones de la conformidad, el reconocimiento mutuo de los reglamentos

técnicos (inclusive mediante el reconocimiento de la equivalencia) y la plena armonización tanto de los reglamentos técnicos como de los procedimientos de evaluación de la conformidad conexos.

Como se vio en la sección E.1 (c) en relación con la profundidad de la integración en los diferentes enfoques para abordar las medidas no arancelarias, el nivel de ambición de una determinada actividad de cooperación en materia de reglamentación puede variar según el contexto de los países de que se trate.¹⁸ Por ejemplo, el objetivo de la cooperación en materia de reglamentación entre dos importantes interlocutores comerciales con fuertes vínculos económicos puede ser la armonización plena, lo que da lugar a un alto nivel de convergencia. Por otro lado, la cooperación en materia de reglamentación entre dos economías con sistemas políticos, niveles de ingresos y grados de desarrollo muy diferentes puede tener un nivel de ambición menor, por ejemplo mejorar la comprensión y fomentar la confianza para facilitar el comercio.

El hecho de tener tradiciones normativas y estructuras institucionales comunes puede favorecer las formas más profundas de cooperación en materia de reglamentación. Sin embargo, las diferencias entre países no son necesariamente un obstáculo a la cooperación. De hecho, las diferencias entre países que cooperan en el ámbito de la reglamentación pueden estimular la innovación normativa, que incrementa la eficiencia y reduce los costos.¹⁹

Por supuesto, no todas las formas de cooperación en materia de reglamentación tienen cabida en estas categorías generales, y muchos mecanismos presentan aspectos relacionados con distintas categorías. Por ejemplo, la cooperación en materia de reglamentación tiende a ser sectorial en organizaciones regionales como el APEC y la ASEAN en las que existen diversos mecanismos con niveles progresivos de ambición que actúan en el marco de un único programa, lo que permite a los interlocutores cooperar en la medida adecuada a sus circunstancias nacionales.²⁰

Se ha establecido una nueva forma de cooperación entre los Estados miembros del Mercado Común para el África Oriental y Meridional (COMESA), la Comunidad del África Oriental (CAO) y la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional (SADC) en el marco del Mecanismo tripartito sobre obstáculos no arancelarios. Una plataforma basada en Internet permite a los exportadores presentar reclamaciones relativas a las medidas MSF/OTC aplicadas en los mercados de exportación que están creando problemas comerciales, dando después traslado de esas reclamaciones a las autoridades nacionales competentes para que las resuelvan mediante la celebración de consultas bilaterales entre los Estados miembros afectados o a través de las estructuras regionales pertinentes (Kalenga, 2012).

Tanto el Acuerdo OTC como el Acuerdo MSF alientan la cooperación entre los Miembros. El Acuerdo MSF promueve los acuerdos bilaterales sobre equivalencia (véase el recuadro E.4 y la sección B), dos de los cuales han sido notificados al Comité MSF. También el Acuerdo OTC alienta a los Miembros a alcanzar acuerdos sobre el reconocimiento mutuo de los resultados de los procedimientos de evaluación de la conformidad de los demás (véase la sección D.4). Estos acuerdos son beneficiosos porque reducen los costos de los exportadores relacionados con la necesidad de vigilar los

posibles cambios normativos en los mercados de exportación (Organización Mundial del Comercio (OMC), 2011b).

Normalización a escala internacional

La elaboración de normas internacionales es, por definición, una forma de cooperación multilateral. Se trata de un proceso en el que las partes interesadas, entre ellas los gobiernos, cooperan en cuestiones que pueden influir directamente en las medidas MSF/OTC. El resultado tangible de esa cooperación es una norma internacional que, en esencia (y en el mejor de los casos), constituye un medio para codificar y difundir los conocimientos científicos y técnicos más recientes relacionados con un producto o un problema de política determinado.²¹

Lo cierto es que los Acuerdos OTC y MSF alientan firmemente la utilización de normas internacionales y la participación en la elaboración de esas normas. Cuando un reglamento técnico esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, en el caso del Acuerdo OTC, que "no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional" y, en el caso del Acuerdo MSF, que "[es] compatible[] con las disposiciones ... del presente Acuerdo".²²

Las normas internacionales son elaboradas por organismos gubernamentales, por organismos no gubernamentales (cuando se trata de "normas privadas"), y, en ocasiones, por una combinación de ambos tipos de organismos. Mientras que en el Acuerdo MSF se citan específicamente tres instituciones internacionales que elaboran normas que sirven como punto de referencia, en el Acuerdo OTC no se menciona ninguna institución específica a este respecto.²³ Sin embargo, las normas internacionales no son una panacea, y el propio proceso de normalización a escala internacional no siempre funciona como debería, lo que ha dado origen a numerosos debates en la OMC y plantea un problema concreto a los Miembros de la Organización (esta cuestión se examinará más detenidamente en la sección E.4).

Procedimientos de evaluación de la conformidad

La cooperación no sólo tiene lugar durante la fase de elaboración de las normas; también es pertinente para la evaluación de la conformidad y, más concretamente, para facilitar el reconocimiento de los resultados de ésta (por ejemplo, los acuerdos de reconocimiento mutuo, los acuerdos de equivalencia y la declaración de conformidad del proveedor). En otras palabras, puede que no sea suficiente cumplir la norma, y que también sea necesario poder demostrar su cumplimiento para crear confianza en la calidad y seguridad de los productos exportados (muchos países en desarrollo tienen limitaciones de capacidad a este respecto²⁴). En el marco del Comité OTC, los Miembros han empezado a examinar la posibilidad de elaborar directrices prácticas sobre el modo de elegir y diseñar mecanismos eficientes y eficaces que ayuden a los países a cooperar también en la esfera de la evaluación de la conformidad.

En este contexto, los sistemas regionales e internacionales de evaluación de la conformidad pueden contribuir a resolver los problemas relacionados con los múltiples procedimientos de ensayo y certificación o registro con que se enfrentan los

Recuadro E.4: La equivalencia en el Acuerdo MSF

El Acuerdo MSF establece un marco que propicia la convergencia de las políticas para reducir al mínimo los efectos desfavorables de las medidas sanitarias y fitosanitarias en el comercio, al tiempo que fomenta la diversidad de políticas. Para ello, el Acuerdo MSF reconoce explícitamente que las medidas de los diferentes interlocutores comerciales pueden ser distintas, pero eso no significa que no logren el mismo nivel adecuado de protección. A tenor del Acuerdo MSF, los interlocutores comerciales están obligados a aceptar como equivalentes las medidas sanitarias o fitosanitarias si el país exportador demuestra objetivamente que sus medidas logran el nivel adecuado de protección del país importador. La equivalencia puede aceptarse para una medida específica o para medidas relativas a un producto determinado o una categoría determinada de productos, o a nivel de los sistemas. El Acuerdo especifica también que los países exportadores deben facilitar este proceso proporcionando a los países importadores acceso para inspecciones, pruebas y demás procedimientos.

El nivel adecuado de protección puede alcanzarse de diferentes formas, y las medidas de los países pueden diferir como consecuencia de factores políticos y sanitarios. La obligación de determinar si las medidas son equivalentes genera incentivos para que los países aprendan de la experiencia de sus interlocutores comerciales y puede por tanto contribuir a la creación de capacidad. Sin embargo, teniendo en cuenta las prescripciones tecnológicas inherentes a muchas medidas sanitarias y fitosanitarias, puede que a los países en desarrollo les preocupe asignar recursos a la mejora de su capacidad sanitaria y fitosanitaria cuando no tienen la seguridad de que sus medidas serán reconocidas como equivalentes.

El Comité MSF ha elaborado directrices para tener en cuenta las preocupaciones de los países en desarrollo relativas a la aplicación de la equivalencia (documento G/SPS/19/Rev.2). En ellas se exponen con más detalle los tipos de información que deben suministrar los Miembros importadores y exportadores. En concreto, las directrices exigen a los países importadores que identifiquen los riesgos pertinentes, especifiquen su nivel adecuado de protección e indiquen su evaluación del riesgo o la justificación técnica de sus medidas. Además establecen que los países importadores deben tener en cuenta el comercio tradicional con el país exportador, ya que brinda la oportunidad de familiarizarse con la infraestructura y las medidas. Las tres organizaciones hermanas – el Codex Alimentarius, la Organización Mundial de Sanidad Animal y la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria – han elaborado también orientaciones en materia de equivalencia relacionadas con sus respectivas esferas de competencia.

Teniendo en cuenta la importancia del diálogo entre interlocutores comerciales para la aplicación efectiva del concepto de equivalencia, la transparencia debe desempeñar un papel fundamental. El Comité MSF ha incluido la cuestión de la equivalencia como punto permanente del orden del día de sus reuniones y ha elaborado un modelo de notificación para recopilar información sobre los acuerdos de equivalencia. Los países importadores que han aceptado la equivalencia de las medidas sanitarias y fitosanitarias de otros países deben notificar las medidas pertinentes y los productos afectados. Hasta la fecha sólo se han presentado dos notificaciones. Aunque no se espera recibir próximamente notificaciones de los países, las comunicaciones presentadas al Comité MSF por las tres organizaciones hermanas²⁵ sobre sus programas de trabajo en materia de equivalencia han aumentado la transparencia de los esfuerzos multilaterales en esa esfera.

comerciantes y las ramas de producción, y que pueden representar un desafío especialmente difícil de superar para las pequeñas y medianas empresas (PYME). Las delegaciones han examinado recientemente en el Comité OTC la labor de la Conferencia Internacional sobre Acreditación de Laboratorios de Ensayo (ILAC) y el Foro Internacional de Acreditación (FIA) como valiosos ejemplos de cooperación internacional en la esfera de la evaluación de la conformidad.²⁶

La ILAC es la autoridad mundial competente para la acreditación de laboratorios y organismos de inspección. El FIA supervisa la acreditación en las esferas de la certificación de sistemas de gestión, personal y productos. Ambas organizaciones tienen el mismo objetivo: un solo resultado de evaluación de la conformidad aceptado en todos los mercados. El principal instrumento utilizado por las dos organizaciones es la concertación de acuerdos multilaterales de reconocimiento mutuo entre organismos de acreditación con la idea común de disponer de un único sistema mundial de evaluación de la conformidad que reduzca los riesgos para las empresas, los encargados de la reglamentación y los consumidores garantizando la fiabilidad de los servicios acreditados. En el Sexto Examen Trienal del Acuerdo OTC,

actualmente en curso, se ha iniciado un debate, impulsado por una propuesta de los Estados Unidos,²⁷ sobre cómo podrían aprovechar los Miembros su experiencia en la utilización de esos dos sistemas internacionales de evaluación de la conformidad para reforzar la aplicación del Acuerdo OTC.

Los Comités OTC y MSF

Los Comités OTC y MSF brindan a los Miembros de la OMC la oportunidad de examinar medidas MSF/OTC específicas, así como cuestiones de carácter más general, como las buenas prácticas de reglamentación, las normas internacionales y la transparencia. Por lo que respecta a las buenas prácticas de reglamentación, los Miembros intercambian información sobre su elaboración y aplicación. Los Miembros han hecho hincapié en que las reglamentaciones inspiradas en buenas prácticas de reglamentación tienen más probabilidades de alcanzar sus objetivos de política pública y menos probabilidades de estar motivadas por consideraciones de competitividad.²⁸ Ambos Comités celebran debates periódicos sobre las normas internacionales y reciben información actualizada de instituciones con actividades de normalización a las que se ha concedido la condición de observador.

En los Comités MSF y OTC los Miembros de la OMC examinan también preocupaciones comerciales específicas (véanse las secciones B.2 y C.2). En algunos casos, esas preocupaciones se refieren simplemente a aclaraciones con respecto al alcance o la situación de una medida, mientras que en otros casos están relacionadas con aspectos – reales o percibidos – discriminatorios o restrictivos del comercio de medidas aplicadas o en proyecto. Estos debates alientan a los Miembros a guiarse por las referencias establecidas por las normas internacionales y a utilizar buenas prácticas de reglamentación al elaborar sus medidas, lo que promueve la convergencia de las reglamentaciones. Por ejemplo, más de un tercio de las 330 preocupaciones comerciales específicas planteadas en el Comité OTC desde 1995 se ha referido de algún modo a las normas internacionales.

Entre las cuestiones que se plantean en los Comités MSF y OTC cabe citar las siguientes: si se ha utilizado o no una norma internacional como base de una determinada medida; si los Miembros se han apartado de las normas internacionales pertinentes y, si existen directrices internacionales pertinentes. Además, la mayoría de las preocupaciones comerciales específicas planteadas en el Comité OTC está indirectamente relacionada con la utilización o no utilización de buenas prácticas de reglamentación en el contexto de una determinada medida, por ejemplo en lo que concierne a su justificación, a cuestiones de transparencia (celebración de una consulta pública) o a la elaboración de la reglamentación y la evaluación de sus efectos en el comercio (mediante evaluaciones del impacto de la reglamentación). Los temas abarcados por el examen de las preocupaciones comerciales específicas en el Comité MSF son similares y la proporción de esas preocupaciones que se refieren expresamente a las normas internacionales es la misma. De las 327 preocupaciones comerciales específicas que se han planteado en el Comité MSF desde 1995, casi un tercio se refiere a las normas internacionales. La mayor proporción de cuestiones comerciales específicas tratadas en el Comité MSF (un 40 por ciento aproximadamente) atañe a la sanidad animal y las zoonosis.²⁹ En cuanto al resto de las preocupaciones, un cuarto corresponde a la inocuidad de los alimentos y otro cuarto a la protección fitosanitaria.

El examen multilateral de las preocupaciones comerciales en los Comités MSF y OTC ayuda a aclarar las medidas MSF/OTC potencialmente problemáticas y alienta a los Miembros de la OMC a evitar las medidas que restrinjan innecesariamente el comercio y que exceden de los criterios de referencia o no se ajustan a las prácticas idóneas. Además, los Miembros cuyas medidas se impugnan con frecuencia suelen facilitar información actualizada al respecto, lo que aumenta la transparencia de las medidas MSF/OTC y de los procesos de reglamentación (véanse las series de documentos G/SPS/GEN/204/ y G/TBT/GEN/74/). Por otra parte, la información sobre los efectos de una medida en el comercio puede ayudar a los Miembros a identificar ineficiencias en la reglamentación, y a seguir desarrollando las buenas prácticas de reglamentación. Esta cuestión se examina con más detalle en la sección E.4.

Ambos Comités ofrecen asimismo a los Miembros la oportunidad de poner de relieve los proyectos de medidas MSF/OTC. El Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF obligan a los Miembros a notificar a la Secretaría de la OMC las nuevas medidas MSF/OTC en proyecto que no estén en conformidad con las normas internacionales pertinentes y que puedan

tener un "efecto significativo en el comercio". Esas notificaciones contienen información sobre los productos abarcados por las medidas, los objetivos y la justificación de las medidas y permiten también a los demás Miembros formular observaciones sobre su elaboración.

Desde 1995, los Comités OTC y MSF han adoptado decisiones y formulado recomendaciones³⁰ para ampliar las prescripciones de notificación establecidas en los Acuerdos correspondientes, con el fin de aumentar la transparencia de las medidas y de facilitar el acceso de los Miembros a la información contenida o mencionada en las notificaciones. Son ejemplo de ello las orientaciones impartidas a los Miembros sobre las medidas que deben ser notificadas; la formulación de plazos recomendados para la presentación de las notificaciones y plazos para la formulación de observaciones (60 días como mínimo) y la entrada en vigor (6 meses como mínimo desde el final del plazo para la formulación de observaciones); y el establecimiento de procedimientos para facilitar el texto íntegro de las medidas MSF/OTC en varios idiomas. Se han formulado otras decisiones y recomendaciones en el sentido de exhortar a los Miembros a responder a las observaciones y a tenerlas en cuenta al finalizar las medidas y de crear portales en Internet para que la Secretaría de la OMC difunda información sobre las medidas MSF/OTC.³¹

(b) Cooperación en materia de medidas relativas a los servicios

Como se explicó en la sección B.3, la naturaleza de los servicios hace que las reglamentaciones sean el principal límite al acceso a los mercados. En primer lugar, la aplicación de aranceles al suministro internacional de servicios es escasamente viable. La protección del comercio de servicios, cuando existe, se consigna en las leyes, reglamentos, normas, procedimientos, decisiones, disposiciones administrativas internos, y en instrumentos similares. Aunque las reglamentaciones relativas a los servicios no suelen estar fundamentalmente orientadas al comercio, puede darse el caso de que tengan efectos innecesarios de distorsión y restricción del comercio. Resulta difícil distinguir las reglamentaciones legítimas de las que se consideran proteccionistas. En las subsecciones siguientes se examina el modo en que cooperan los países en la esfera de los servicios en función del tipo de medida de que se trate.

(i) ¿Cómo cooperan los países en la esfera del comercio de servicios?

Para facilitar la cooperación, los acuerdos sobre el comercio de servicios, y en particular el AGCS, distinguen entre tres tipos de medidas relativas a los servicios:

- (i) medidas que restringen el acceso a los mercados estableciendo restricciones cuantitativas (es decir, restricciones a la entrada o límites al volumen de los servicios suministrados por el proveedor);
- (ii) medidas que discriminan a los servicios extranjeros y a los proveedores extranjeros de servicios modificando las condiciones de competencia en favor de los servicios nacionales y los proveedores nacionales de servicios;³²

- (iii) reglamentaciones nacionales que no son de naturaleza discriminatoria ni cuantitativa.

El grado en que los países están dispuestos a cooperar en la esfera del comercio de servicios varía en función de la medida de que se trate. En el marco del AGCS, las medidas comprendidas en las categorías (i) y (ii) se definen como limitaciones al acceso a los mercados y al trato nacional que deben reducirse o eliminarse a través de rondas sucesivas de negociaciones. En cambio, las medidas comprendidas en la categoría (iii) no han sido objeto en lo esencial de disciplinas comerciales, aparte de determinadas obligaciones generales impuestas por el AGCS. No obstante, el párrafo 4 del artículo VI del AGCS establece la obligación de negociar disciplinas sobre un conjunto específico de reglamentaciones nacionales, a saber, las medidas relativas a licencias, títulos de aptitud y normas técnicas. La razón de negociar estas disciplinas en particular no difiere mucho de la de los Acuerdos OTC y MSF: asegurarse de que las prescripciones y procedimientos en materia de licencias y títulos de aptitud y las normas técnicas no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios.

Aunque existen claros paralelismos entre los Acuerdos OTC y MSF y el tipo de disciplinas sobre reglamentación nacional que se están negociando en virtud del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, el marco del AGCS para la cooperación en materia de reglamentación sobre los servicios, dejando a un lado las negociaciones de compromisos específicos, sigue estando en una fase incipiente. A continuación se examina hasta qué punto cabe decir que hay cooperación sobre cada una de las categorías generales de medidas antes mencionadas por lo que respecta a la aplicación y el funcionamiento del Acuerdo. En el caso de la reglamentación nacional comprendida en la categoría (iii), hay que señalar que la atención se centra en las medidas para las que se están negociando disciplinas, ya que los motivos, los problemas y los desafíos son muy similares a los señalados en relación con los Acuerdos OTC y MSF.

(ii) *Cooperación en materia de liberalización progresiva*

En la sección B.3 (c) se ha ofrecido ya un análisis de las razones por las que las restricciones cuantitativas y las medidas discriminatorias son las que más distorsionan el comercio, lo que constituye un firme argumento en favor de la cooperación. En principio, esta cooperación se lleva a cabo mediante negociaciones destinadas a eliminar las limitaciones al acceso a los mercados y la discriminación en el trato nacional. Los resultados de esas negociaciones se "consolidan" en un instrumento jurídico, lo cual puede añadir credibilidad a la reforma actual y futura por lo costoso que resulta revocarlos.

En el caso del AGCS, la cooperación sobre las medidas comprendidas en las categorías (i) y (ii) culmina en el compromiso de un Miembro de la OMC de garantizar un nivel mínimo de acceso a los mercados y de trato nacional para cada sector objeto de compromisos. Las listas de compromisos específicos en materia de servicios desempeñan por tanto una función similar a la de las listas arancelarias para las mercancías, en el sentido de que facilitan la cooperación mediante la negociación recíproca. En el caso del comercio de servicios, se trata de negociaciones basadas en peticiones y ofertas entre pares o

grupos de Miembros de la OMC con intereses o exigencias comunes, que podrían ser consideradas como un marco de cooperación.

Hay buenas razones de economía política por las que los Miembros de la OMC podrían estar dispuestos a cooperar en la eliminación de las limitaciones al acceso a los mercados y al trato nacional. Algunas de ellas se han examinado en la sección B.3 y en la sección E.1. Lo que es digno de mención es que la experiencia del AGCS, así como la de los acuerdos comerciales preferenciales, como muestran Roy *et al.* (2007), se ha centrado principalmente en los compromisos de liberalización relacionados con la entrada en el mercado y la discriminación, y no en otros aspectos de las prácticas o los regímenes normativos de los Miembros.

En realidad, ese era el enfoque perseguido por el AGCS, y por esa razón fue necesario establecer un mandato distinto para negociar disciplinas sobre reglamentación nacional. Por consiguiente, cuando un Miembro de la OMC elimina una limitación al número de proveedores de servicios extranjeros que pueden operar en su territorio, los demás tipos de reglamentación no se ven afectados.

La autoridad responsable de reglamentación puede seguir exigiendo que el proveedor de servicios obtenga una licencia para poder suministrar el servicio. La obtención de esa autorización puede conllevar el cumplimiento de prescripciones tanto sustantivas como de procedimiento. Puede que los empleados del proveedor del servicio tengan que satisfacer determinadas prescripciones en materia de títulos de aptitud o que dicho proveedor tenga que asegurar que los servicios suministrados son conformes a determinadas prescripciones técnicas. Además, cualquier actividad comercial estará sujeta a la reglamentación sobre medio ambiente, salud, seguridad y trabajo. Todas estas medidas no discriminatorias, que se establecen normalmente en los regímenes de licencias y títulos de aptitud, deben cumplirse a menudo antes de que se conceda la autorización para suministrar un servicio. Por tanto, pueden tener una profunda repercusión en el acceso a los mercados de servicios aun cuando no sean objeto de las negociaciones sobre liberalización progresiva.

En particular, las reglamentaciones nacionales que prevén procedimientos engorrosos y/u opacos y criterios subjetivos o imparciales en materia de licencias y títulos de aptitud, así como prescripciones y trámites administrativos excesivamente onerosos, pueden contribuir a obstruir el comercio de servicios aun cuando no parezcan estar fundamentalmente orientados al comercio. La gran diversidad de sistemas de reglamentación y normas en los mercados internacionales puede aumentar también de manera significativa los costos de cumplimiento para el proveedor de servicios y actuar como obstáculos indirectos al suministro de los servicios, incluso cuando no haya restricciones al acceso a los mercados ni se apliquen medidas discriminatorias. Esa es la razón por la que el marco de cooperación del AGCS tenía que ir más allá de la eliminación de las limitaciones al acceso a los mercados y al trato nacional comprendidas en las categorías (i) y (ii), y abordar aspectos concretos de la reglamentación nacional.

(iii) *Cooperación en materia de reglamentación nacional*

Aunque la teoría económica de la cooperación en el marco del AGCS difiere en parte de la del GATT (véase el recuadro E.1), existe una similitud importante entre ellas que se examina en esta sección. El problema de la sustitución de políticas examinado en la sección E.1 en relación específicamente con el comercio de mercancías, podría aplicarse también al comercio de servicios.

Cuando los Miembros de la OMC asumen compromisos sobre medidas relativas a los servicios de las categorías (i) y (ii), los gobiernos pueden tener incentivos para modificar la reglamentación nacional o para aplicarla de manera que cause especial obstrucción (es decir, las medidas del párrafo 4 del artículo VI descritas más arriba). En la práctica, el problema puede no plantearse del mismo modo en el comercio de servicios, ya que existe un amplio desfase entre las consolidaciones en el marco del AGCS y las medidas realmente aplicadas. Hay menos incentivos para utilizar la reglamentación nacional en sustitución de la limitación al acceso a los mercados o al trato nacional, puesto que un Miembro puede modificar su régimen hasta el nivel de la consolidación. De hecho, en la esfera de los servicios también puede producirse una sustitución de políticas en sentido inverso. Los gobiernos que carecen de una reglamentación adecuada y de capacidad para hacerla cumplir pueden ser reacios a abrir los mercados y restringir en cambio el acceso a los mercados.

A diferencia del Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF, en el marco del AGCS todavía hay que elaborar por completo un marco de cooperación sobre la reglamentación nacional en la esfera de los servicios. El párrafo 4 del artículo VI del AGCS establece la obligación de negociar las disciplinas que pudieran ser necesarias para garantizar que las medidas relacionadas con determinados tipos de reglamentaciones (prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud y licencias, y normas técnicas) se basen, entre otras cosas, en criterios objetivos y transparentes y no sean más gravosos de lo necesario para asegurar la calidad de los servicios. En la Decisión relativa a la reglamentación nacional (S/L/70) se indican tres esferas distintas en las que se deben elaborar las disciplinas necesarias: (i) disciplinas de aplicación general (es decir, disciplinas horizontales que se aplicarán a todos los sectores); (ii) disciplinas relativas a sectores o grupos de sectores particulares; y (iii) disciplinas para los servicios profesionales.

En 1998, el Consejo del Comercio de Servicios de la OMC adoptó las Disciplinas sobre la reglamentación nacional en el sector de la contabilidad (S/L/64). La Decisión pertinente del Consejo (S/L/63) establece que las "disciplinas relativas a la contabilidad" solamente son aplicables a los Miembros de la OMC que hayan contraído compromisos específicos sobre contabilidad. Al término de la actual ronda de negociaciones, las disciplinas se habrán de integrar en el AGCS, junto con cualquier nuevo resultado que el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional pueda lograr entre tanto.

Después de las disciplinas relativas a la contabilidad, los Miembros de la OMC emprendieron la negociación de "disciplinas horizontales", pero esto no excluye la posibilidad de que en el futuro se aborden "disciplinas sectoriales". Más

adelante en esta sección se examinan cuestiones relativas a la negociación de disciplinas horizontales. Hay que señalar que actualmente existen algunas obligaciones generales que requieren la cooperación entre los Miembros, especialmente en relación con la transparencia y los procedimientos administrativos, y que se espera que las disciplinas que se negocien se basen en ellas. Las subsecciones siguientes se ocupan del modo en que se han utilizado esas obligaciones y del tipo de cooperación que exigirían las disciplinas relativas a la reglamentación nacional.

Disciplinas y mecanismos actuales

El artículo III del AGCS exige que los Miembros de la OMC publiquen todas las medidas que se refieran al Acuerdo o que afecten a su funcionamiento. Además, los Miembros están obligados a notificar todas las leyes, reglamentos o directrices administrativas que afecten significativamente al comercio de los servicios abarcados por los compromisos específicos que han contraído. Los Miembros deben también establecer servicios encargados de facilitar información específica a los otros Miembros que lo soliciten. En el caso de que se aplicaran plenamente, las notificaciones podrían ser un medio importante de mejorar el intercambio de información y la transparencia de la reglamentación en la esfera de los servicios. Sin embargo, en la práctica resulta difícil lograr que se respete la obligación relativa a la notificación, por las razones que se examinan en la sección C y, en la sección E.4.(b).

Otras prescripciones en materia de transparencia se refieren al reconocimiento de la educación o experiencia obtenidas, los requisitos cumplidos o las licencias o certificados otorgados a un proveedor de servicios en un determinado país. El artículo VII del AGCS no establece ninguna prescripción sustantiva sobre el modo en que ha de realizarse ese reconocimiento, pero exige la notificación de las medidas en vigor en materia de reconocimiento, así como de la iniciación de nuevas negociaciones. En ese caso, se deben brindar oportunidades adecuadas a los Miembros que indiquen su interés en participar. Sin embargo, como sucede con la prescripción de notificación del artículo III, el cumplimiento ha sido limitado.

A pesar de ello, los Miembros de la OMC han adoptado un conjunto de directrices voluntarias para los acuerdos o arreglos de reconocimiento mutuo en el sector de la contabilidad. Esas directrices abarcan el desarrollo de las negociaciones, las obligaciones pertinentes en el marco del AGCS y la forma y el contenido de los acuerdos. Su objetivo es que resulte más fácil para las partes negociar acuerdos de reconocimiento y para los terceros negociar su adhesión a esos acuerdos o negociar otros acuerdos comparables.

Además de la transparencia, se requiere también cooperación en materia de administración de la reglamentación nacional. Estas disposiciones, que figuran en el artículo VI del AGCS, tienen por objeto garantizar debidamente el desarrollo y la apertura del proceso de adopción de decisiones. Por ejemplo, todas las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios y respecto de las cuales se hayan contraído compromisos deberán administrarse de manera razonable, objetiva y transparente. Se debe facilitar información sobre la situación de las solicitudes de autorización para el suministro de un servicio. Cuando se hayan contraído compromisos

específicos respecto de servicios profesionales, se deben establecer procedimientos adecuados para verificar la competencia de los profesionales de otros países. Si bien todas estas disposiciones del AGCS parecen indicar que los Miembros de la OMC consideraron que la cooperación en asuntos de reglamentación que afectan al comercio de servicios era necesaria y estaba justificada, no está claro cómo ni en qué medida se han utilizado estas disposiciones.

Sin embargo, la adopción por el Consejo de Servicios de las Disciplinas sobre la reglamentación nacional en el sector de la contabilidad (S/L/64) en diciembre de 1998 fue un hecho muy positivo. Al término de la actual ronda de negociaciones, esas disciplinas se habrán de integrar en el AGCS, junto con cualquier nuevo resultado que el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional pueda lograr entre tanto. Una de las características principales de las disciplinas es la atención que en ellas se presta a las reglamentaciones (no discriminatorias) que no están sujetas a la consignación en listas en virtud de los artículos XVI (acceso a los mercados) y XVII (trato nacional). Las disciplinas relativas a la contabilidad incluyen también una disposición muy importante, en virtud de la cual los Miembros de la OMC deben asegurarse de que dichas "medidas no restrinjan el comercio más de lo necesario para cumplir un objetivo legítimo". Los objetivos legítimos son, 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.

Elaboración de nuevas disciplinas

Aparte de exigir el cumplimiento de las obligaciones antes indicadas y de completar las disciplinas relativas a la contabilidad, el AGCS no ha avanzado mucho más en la imposición de disciplinas comerciales a la reglamentación nacional no discriminatoria. Aun así, los Miembros de la OMC han reconocido la necesidad de cooperar en materia de cuestiones de reglamentación estableciendo en el párrafo 4 del artículo VI del AGCS un mandato sobre las disciplinas relativas a la reglamentación nacional. Ha sido difícil llegar a un entendimiento sobre el alcance y la ambición adecuados de esas disciplinas. El problema principal ha sido distinguir entre las prescripciones que persiguen objetivos legítimos y las que están orientadas a restringir el comercio. Algunos Miembros se han mostrado partidarios de una prueba de necesidad, mientras que otros han considerado que esa prueba resultaría demasiado onerosa y restringiría excesivamente la libertad de los órganos de reglamentación. El análisis que figura en la sección B muestra lo difícil que resulta resolver este problema por lo que respecta al comercio de servicios, habida cuenta del número relativamente limitado de trabajos teóricos y empíricos que se han realizado sobre el tema.

Esto lleva también a preguntarse en qué medida podrían cooperar los gobiernos para reducir al mínimo los efectos negativos dimanantes de la reglamentación nacional, dada la considerable diversidad reglamentaria entre sectores y países. A este respecto, la experiencia de los Acuerdos OTC y MSF resulta instructiva cuando la cooperación se centra en alentar a los Miembros a esforzarse en eliminar o reducir prescripciones que no son necesarias para alcanzar el objetivo de política perseguido. Podrían utilizarse mecanismos similares en el sector de los servicios como, por ejemplo, disposiciones más rigurosas en materia de

transparencia, una presunción general en favor de las normas internacionales y un marco institucional para la vigilancia y el intercambio de información. Los Acuerdos OTC y MSF prevén también una prueba de necesidad, tema que ha sido objeto de controversia en el contexto de las negociaciones sobre reglamentación nacional (véase la sección E.4 (e) (iii)).³³

A pesar de esas similitudes, hay una diferencia fundamental que radica en que los servicios son intangibles y por tanto no pueden ser objeto de muestreos, ensayos e inspecciones. En consecuencia, no es fácil aplicar a los servicios los procedimientos y métodos utilizados en el marco de las medidas OTC y MSF; por ejemplo, en el caso de los servicios, la elaboración de normas basadas en principios científicos mediante pruebas de laboratorio resulta mucho más difícil o incluso imposible. Esto indica que a menudo el objeto de la evaluación, verificación y garantía de la conformidad no puede ser el servicio en sí, sino el proveedor del servicio. Dado que no es fácil examinar el "producto", es probable que la precaución reglamentaria sea mayor en el caso de los servicios que en el de las mercancías y que el establecimiento de un nivel de tolerancia al riesgo generalmente aceptable resulte más difícil de conseguir.

A continuación se ofrece una descripción de los tipos de cuestiones respecto de las cuales sería deseable una cooperación entre países en el contexto de las negociaciones sobre reglamentación nacional. Hay que señalar que en las negociaciones sobre los servicios las cuestiones relacionadas con la transparencia, la objetividad y la simplificación de los procedimientos se tratan por separado.

Transparencia

Las negociaciones tratan de garantizar que todas las partes interesadas tengan acceso a la información sobre las prescripciones y los procedimientos en materia de reglamentación. Esto incluye la publicación y disponibilidad de información sobre los reglamentos y procedimientos; la especificación de plazos razonables para responder a las solicitudes de licencias; información sobre los motivos por los que se ha denegado una solicitud; y la notificación de los datos que faltan en una solicitud. Incluye asimismo la especificación de plazos razonables para responder a las solicitudes y la información sobre los procedimientos de revisión de las decisiones administrativas.

Las nuevas disciplinas relativas a la reglamentación nacional pretenden tener en cuenta las disposiciones del artículo III del AGCS sobre publicación y notificación de las medidas, y basarse en ellas (véase también la sección E.4). Un acuerdo sobre las disposiciones relativas a la transparencia contribuiría a reducir las asimetrías en la información que prevalecen en los sectores de servicios y ofrecería mayores seguridades a los proveedores de servicios.

Imparcialidad y objetividad

Los proveedores de servicios suelen desear que se les garantice que las evaluaciones realizadas por las autoridades de reglamentación y supervisión a efectos de la autorización para suministrar un servicio, cuando se solicite dicha autorización, se llevarán a cabo de manera razonable, imparcial y objetiva. También se reconoce ampliamente que es más fácil obtener resultados eficientes cuando las

decisiones son independientes de cualquier interés comercial o influencia política. A tal efecto, la formulación de criterios y procedimientos claros puede ser de vital importancia para evitar la discrecionalidad excesiva y garantizar el carácter razonable, imparcial y objetivo del proceso de reglamentación.

Simplificación de los procedimientos

Unos procedimientos largos y complejos para evaluar las solicitudes de autorización del suministro de un servicio pueden disuadir a los proveedores de servicios de solicitar acceso a un Miembro receptor. Esa complejidad puede servir también para encubrir intenciones proteccionistas. La simplificación de los procedimientos beneficiará a los proveedores de servicios y reducirá el riesgo de un proteccionismo encubierto.

No obstante, en muchos sectores de servicios las características del servicio suministrado no siempre permiten adoptar procedimientos sencillos. Por ejemplo, puede que sea necesaria la intervención de varios organismos para asegurar la calidad del servicio, evitar los efectos desfavorables en el medio ambiente o posibilitar la celebración de consultas públicas. Por consiguiente, es necesario examinar la complejidad de un procedimiento en su contexto. La cuestión de la simplificación está vinculada a la seguridad del procedimiento. Es lógico que los proveedores de servicios esperen que los criterios de evaluación no sean modificados durante el examen de una solicitud. En caso de que ello fuera inevitable, sería necesario que los solicitantes dispusieran de un plazo razonable para adaptarse a los criterios o procedimientos modificados.

Reconocimiento de la equivalencia

Con objeto de garantizar que los proveedores de servicios extranjeros satisfacen las normas de aptitud y de otra índole aplicables a los proveedores nacionales, es frecuente que las instancias responsables de la reglamentación deban evaluar la equivalencia de los títulos de aptitud nacionales y extranjeros. En muchos casos pueden exigir que los solicitantes extranjeros de licencias u otras autorizaciones para suministrar un servicio se sometan a pruebas o satisfagan determinadas condiciones para demostrar la equivalencia. Puesto que esas pruebas se imponen para asegurarse de que se satisface una norma nacional, cabe considerarlas como reglamentaciones nacionales. En las negociaciones sobre las disciplinas del párrafo 4 del artículo VI se ha examinado la cuestión de cómo garantizar que esas prescripciones no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio. En estas situaciones, podría imponerse a los responsables de la reglamentación la obligación de tomar en cuenta los títulos de aptitud adquiridos en el país de origen del proveedor de servicios extranjeros y modificar en consecuencia toda prescripción adicional que se le aplique.

Ese concepto de equivalencia ya se ha utilizado en la sección de las disciplinas para el sector de la contabilidad relativa a las prescripciones en materia de títulos de aptitud, en el párrafo 7 del artículo 2 del Acuerdo OTC y en el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo MSF. Para complementar este principio, se alienta a los gobiernos a negociar acuerdos para aceptar la equivalencia de los títulos de aptitud obtenidos en otros países o reconocer unilateralmente su equivalencia.³⁴

Normas internacionales

La aceptación de las normas internacionales podría facilitar la evaluación de los títulos de aptitud obtenidos en el extranjero y ayudar a promover el comercio de servicios. Los gobiernos que participan en la elaboración de normas a nivel internacional deben asegurarse de que en esa labor se observe la mayor transparencia posible con el fin de evitar la "captura" por parte de determinados grupos de interés. De conformidad con el párrafo 5 (b) del artículo VI del AGCS, al determinar si las prescripciones son compatibles con los principios de necesidad, transparencia y objetividad, se tendrán en cuenta las normas internacionales de las organizaciones internacionales competentes que apliquen los Miembros.

Por "organizaciones internacionales competentes" se entienden las organizaciones internacionales de las que pueden ser miembros los organismos competentes de al menos todos los Miembros de la OMC. Los Acuerdos OTC y MSF prevén ya una firme presunción en favor de las normas internacionales. En la esfera de los servicios, aunque hay un fuerte incentivo para establecer una presunción similar, existen obstáculos significativos. Para empezar, las normas internacionales son menos frecuentes en la esfera de los servicios que en la de las mercancías. También se plantean dudas con respecto a la naturaleza exacta de las normas técnicas en el sector de los servicios: ¿son principalmente aplicables a los productos, a los procesos o a unos y otros? y en qué medida podría abarcar una disciplina comercial normas voluntarias que tal vez hayan sido emitidas por instituciones no gubernamentales con actividades de normalización que carecen de competencias delegadas? En el Acuerdo OTC se distingue entre "normas", que son medidas de carácter voluntario y "reglamentos técnicos", que tienen carácter obligatorio. El AGCS, sin embargo, no establece esa distinción.

La cooperación por sí sola no será suficiente para hacer frente a todas las externalidades a que pudiera dar lugar la heterogeneidad de las reglamentaciones. La escasez relativa de normas internacionales en la esfera de los servicios, en comparación con la de las mercancías, se debe en parte a las diferencias en las preferencias en materia de reglamentación. En estas circunstancias, las divergencias normativas entre jurisdicciones podrían ser la consecuencia directa de una preferencia por un objetivo concreto, así como por el nivel en que debe alcanzarse ese objetivo. No resultan evidentes las razones por las que un país se comprometería a lograr un objetivo en materia de reglamentación considerado legítimo y necesario. Como máximo, podría solicitarse la cooperación para encontrar medios de alcanzar ese objetivo que restrinjan menos el comercio o maneras de facilitar el cumplimiento de determinadas normas u otras prescripciones sustantivas por los proveedores de servicios.

La cooperación en materia de reglamentación nacional en la esfera de los servicios exigiría una combinación de integración negativa, en forma de prohibición común de determinadas prácticas, y/o el cumplimiento de un determinado conjunto de principios. También sería necesario que se complementara con acciones positivas para mejorar la confianza en las normas y prescripciones y su conocimiento entre órganos de reglamentación que tal vez no estén familiarizados con ellas.

La cooperación en materia de reglamentación nacional en la esfera de los servicios exigiría por tanto tomar medidas en al menos tres frentes: (i) establecer un marco apropiado de normas para velar porque la reglamentación nacional no constituya un obstáculo innecesario al comercio de servicios; (ii) promover un uso más amplio de instrumentos comerciales de reglamentación que favorezcan la competencia; y (iii) apoyar la creación de capacidad de reglamentación en la esfera del comercio de servicios. En las negociaciones sobre reglamentación nacional impuestas por el párrafo 4 del artículo VI del AGCS se ha abordado ya el primer de esos desafíos. Los otros dos desafíos exigen una mayor cooperación en materia de reglamentación entre los organismos y las organizaciones internacionales, y podrían vincularse a un programa de cooperación técnica destinado a hacer frente a las limitaciones normativas relacionadas con la oferta. Estos desafíos se examinan con más detalle en la sección E.4.

(iv) Otras formas y medios de cooperación

Ha sido en el sector de las telecomunicaciones donde más se ha evidenciado la necesidad de cooperación entre órganos de reglamentación en un contexto comercial. El Documento de referencia, que, además de los elementos previstos en el mandato del párrafo 4 del artículo VI del AGCS, contiene un conjunto de principios en favor de la competitividad, fue un importante logro del Acuerdo sobre los Servicios de Telecomunicaciones Básicas de 1997. El Documento de referencia ha ayudado a configurar el entorno reglamentario del sector de las telecomunicaciones mediante el establecimiento de un conjunto de principios que abarcan cuestiones como las salvaguardias de competencia, las garantías de interconexión, los procedimientos transparentes de concesión de licencias y la independencia de los órganos de reglamentación.

A diferencia de las obligaciones de carácter general, este instrumento entra en vigor cuando un Miembro de la OMC lo anexa a su Lista de compromisos específicos. En rigor, se trata de un conjunto de cuestiones de reglamentación más amplio que el del mandato del párrafo 4 del artículo VI. Se menciona aquí porque constituye un valioso ejemplo de cooperación en materia de reglamentación que tal vez podría ser imitado en otros sectores. El enfoque adoptado en el Documento de referencia, consistente en asumir compromisos adicionales en una Lista de compromisos específicos (artículo XVIII), podría servir también como modelo para la cooperación en otras esferas de reglamentación, incluidas las disciplinas relativas a la reglamentación nacional previstas en el párrafo 4 del artículo VI. Estas cuestiones se examinan con más detalle en la sección E.4.

Los diversos órganos del AGCS encargados de la aplicación y el funcionamiento del Acuerdo constituyen también foros para la cooperación sobre otros aspectos de la reglamentación de los servicios. Los Miembros pueden plantear y plantear cuestiones de reglamentación con miras a su examen. Por ejemplo, el Consejo del Comercio de Servicios ha examinado cuestiones de reglamentación relacionadas con las tarifas de los servicios de itinerancia móvil internacional. El Comité del Comercio de Servicios Financieros ha mantenido debates sobre cuestiones relacionadas con los efectos de la crisis financiera y la reforma de la reglamentación financiera. El Comité de

Compromisos Específicos, que se ocupa de cuestiones ordinarias como la clasificación de los servicios, se sirve de la interacción entre los órganos de reglamentación y la industria, con sus competencias y conocimientos específicos. Sin embargo, esos órganos, a diferencia de los Comités OTC y MSF, no fueron concebidos en principio como foros para la cooperación en materia de reglamentación. Esto no es de extrañar, porque en el marco del AGCS todavía hay que negociar un conjunto de disciplinas que cumplirían una función similar a la de los Acuerdos MSF y OTC.

Fuera de la OMC, se llevan a cabo actividades de cooperación en materia de reglamentación sobre el comercio de servicios en muchos foros distintos. Roy *et al.* (2007) han constatado que, en general, los compromisos de liberalización de los servicios consignados en los acuerdos comerciales preferenciales (ACPR) han ido más allá de los compromisos actuales del AGCS, así como de las ofertas presentadas en las negociaciones de la Ronda de Doha. Sin embargo, hay pocas pruebas que indiquen que los ACPR han ido más allá del AGCS en la elaboración de disciplinas sobre reglamentación nacional o en el establecimiento de nuevas formas de cooperación en materia de reglamentación. En su mayoría, los ACPR reproducen las disposiciones del artículo VI del AGCS. Al parecer, los ACPR han tropezado con las mismas dificultades que se encuentran a nivel multilateral para avanzar en esta esfera. Sin embargo, hay algunas excepciones.

Mattoo y Sauvé (2010) han observado que el ACPR entre Suiza y el Japón incluye una prueba de necesidad, que el acuerdo comercial por el que se estrechan las relaciones económicas entre Australia y Nueva Zelandia contiene un capítulo entero sobre reglamentación nacional y que varios acuerdos estadounidenses establecen disposiciones adicionales sobre transparencia en la esfera de los servicios. También se incluyen disposiciones relativas a la prueba de necesidad en el Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica y en el Mercosur.

Fuera del contexto de las negociaciones comerciales, algunas organizaciones regionales han elaborado principios o códigos de buenas prácticas de reglamentación que complementarían la liberalización de los servicios. Entre ellos destacan los Principios rectores de la OCDE para la calidad y el desempeño regulatorio y la Lista integrada de reformas en materia de reglamentación del APEC-OCDE. Estos instrumentos, que se refieren a todas las reglamentaciones y no sólo a las relativas al sector de los servicios, establecen principios no vinculantes para elaborar reglamentaciones que favorezcan la apertura de los mercados y la competencia.

Hay también una tradición relativamente larga de cooperación en materia de reglamentación a nivel sectorial, por ejemplo en los servicios postales y de comunicaciones, los servicios financieros, el transporte y la enseñanza, así como en determinados servicios profesionales. Esa cooperación es necesaria para hacer frente a los efectos de las interdependencias internacionales, y, para ser eficaz, exige una respuesta coordinada de diferentes jurisdicciones. También requiere que se asegure la compatibilidad e interoperatividad de diferentes sistemas y redes.

Por ejemplo, la Federación Internacional de Contables (IFAC), el Consejo Internacional de Normas Contables (IASB), y la Organización Internacional de Comisiones de

Valores (IOSCO) han establecido normas internacionales para el sector de la contabilidad. En el Convenio Postal Universal se determinan las directrices generales de aplicación en el servicio postal internacional y las reglamentaciones relativas a los servicios de correspondencia. Las normas elaboradas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) son fundamentales para el funcionamiento y la interoperatividad de las redes de información, comunicación y tecnología a nivel mundial. En la esfera de la enseñanza, los Convenios Regionales de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre reconocimiento de títulos han sido los principales instrumentos internacionales sobre reconocimiento de títulos académicos con fines de enseñanza y a veces con fines profesionales.

En el sector financiero, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea constituye un foro para la cooperación sistemática sobre cuestiones relativas a la supervisión bancaria con el objetivo de que se comprendan mejor los principales problemas de supervisión y la calidad de la supervisión bancaria en todo el mundo. Se ha establecido un Consejo de Estabilidad Financiera (FSB), del que forman parte los organismos nacionales responsables de la estabilidad financiera en importantes centros financieros internacionales, instituciones financieras internacionales, grupos internacionales de órganos de reglamentación y supervisión de sectores específicos y comités de expertos de bancos centrales. El FSB coordina la labor de las autoridades financieras nacionales y las instituciones internacionales con actividades de normalización para elaborar y promover políticas eficaces en materia de reglamentación y supervisión y en otros sectores financieros.

Aunque sus fines no son esencialmente comerciales, esa cooperación tiene repercusiones importantes en el comercio, ya que puede promover un mayor entendimiento, e incluso una armonización, entre los responsables de la reglamentación. Existe sin embargo el riesgo de que la normalización o reglamentación a escala internacional se ponga, casual o intencionadamente, al servicio de los intereses de quienes tienen los recursos necesarios para participar e influir en el proceso. Mientras que estas preocupaciones han sido objeto de una gran atención en el ámbito del comercio de mercancías (véase la sección E.4), su examen y conocimiento han sido menores en la esfera del comercio de servicios. Ello se debe en parte a que la reglamentación de los servicios está menos desarrollada a nivel internacional, y a que los instrumentos pertinentes, cuando los hay, tienden a tener una orientación sectorial.

3. Las disciplinas del GATT/OMC relativas a las MNA según han sido interpretadas en el marco de la solución de diferencias

En la exposición que se ha hecho en las secciones anteriores del presente informe se ha explicado que en tanto que algunas medidas no arancelarias responden principalmente al deseo de proteger sectores que compiten con las importaciones, otras persiguen objetivos legítimos de política pública, como la preservación de la salud de las personas y de los animales, la protección de los consumidores o la

promoción de la sostenibilidad del medio ambiente. En la presente subsección analizamos las normas del GATT/OMC, según se han interpretado en el marco de la solución de diferencias, con el fin de entender en qué medida pueden o no reflejar algunas de las ideas que se derivan del análisis económico realizado en las secciones anteriores.

En concreto, se examina en primer lugar cómo reflejan las normas del GATT/OMC las motivaciones económicas de la cooperación multilateral analizadas en la sección E.1. En segundo lugar, se examina el grado en que las normas del GATT/OMC sobre las medidas no arancelarias tienen en cuenta las razones económicas de la adopción de este tipo de medidas, que se han analizado en la sección B. En la sección E.4 profundizaremos ese análisis, examinando algunas de las cuestiones concretas que se plantean al contrastar las normas del GATT/OMC con los conceptos de la teoría económica.

(a) Normas del GATT/OMC sobre el comercio de mercancías y razones de la cooperación multilateral

En el caso de las mercancías, los Acuerdos del GATT/OMC limitan los instrumentos de política a que pueden recurrir los Miembros de la OMC para proteger a las ramas de protección que compiten con las importaciones. Los aranceles son el único medio legítimo de protección que puede utilizarse. Los Miembros han negociado niveles máximos para los aranceles (conocidos como "consolidaciones arancelarias") y no pueden aplicar derechos de aduana que excedan de esos niveles (véase el artículo II del GATT). Los niveles máximos de los derechos de aduana que puede aplicar un Miembro son los establecidos en su Lista de concesiones. Se prohíbe además a los Miembros aplicar "todos los demás derechos o cargas de cualquier clase aplicados a la importación o con motivo de esta" a no ser que en su Lista de concesiones se hayan reservado el derecho a hacerlo.

Durante muchos años las principales disciplinas aplicadas a las medidas no arancelarias fueron la prohibición de las restricciones cuantitativas del artículo XI del GATT y las obligaciones de no discriminación establecidas en los artículos I (trato de la nación más favorecida – NMF) y III (trato nacional) del GATT. A esas disciplinas se unía la posibilidad de presentar una reclamación no basada en una infracción cuando una Parte Contratante considerara que una medida, a pesar de ser compatible con las disposiciones del GATT, "anulaba o menoscababa" una ventaja derivada del Acuerdo para esa Parte Contratante.

La obligación de trato NMF es aplicable tanto a las medidas internas como a las medidas en frontera. En virtud de ella se exige a los Miembros de la OMC que den a un producto importado de un Miembro un trato no menos favorable que el otorgado al producto "similar" importado de otro país. La obligación de trato nacional afecta a las medidas internas, como los impuestos interiores y las reglamentaciones que afecten a la venta de los productos. Una de las cuestiones fundamentales que se han debatido en el marco de la solución de diferencias del GATT/OMC en relación con la obligación de trato nacional es el grado en que ésta prohíbe las medidas que tengan efectos distintos en las importaciones, pero que pueda demostrarse objetivamente que responden a un objetivo normativo legítimo. Esa cuestión se analiza más detenidamente en la sección E.3 (b).

Como se explica en la sección E.1, el marco general del GATT es coherente con un enfoque que atiende fundamentalmente a la sustitución de políticas. Aunque el GATT contenía algunas normas que iban más allá de la imposición de restricciones para impedir a los Miembros sustituir una política (como los aranceles) por otra, como las medidas no arancelarias. En particular, el GATT establecía importantes obligaciones en materia de transparencia con las que se trataba de hacer frente también al problema de la información incompleta.

Algunos de los Acuerdos de la Ronda Uruguay introdujeron obligaciones que excedían considerablemente del alcance de ese enfoque de sustitución de políticas del GATT. Se ha denominado a esas obligaciones "postdiscriminatorias" (Hudec, 2003). Especialmente pertinentes al presente informe son las obligaciones establecidas en el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC. Ambos Acuerdos contienen obligaciones de no discriminación, pero establecen también otras prescripciones aplicables a las medidas no arancelarias comprendidas en su ámbito de aplicación. Por ejemplo, el Acuerdo MSF exige que las medidas sanitarias y fitosanitarias estén basadas en principios científicos. Por su parte, el Acuerdo OTC prescribe que los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo.

Una de las consecuencias que entraña este enfoque "postdiscriminatorio" es que la vinculación con las concesiones en materia de acceso a los mercados que se trata de proteger mediante un enfoque de sustitución de políticas es más tenue. A pesar de las razones de sustitución de políticas que subyacen a los Acuerdos del GATT/OMC, no parece haber actualmente una prescripción general que obligue a un Miembro de la OMC a demostrar cómo se ha socavado su acceso global a los mercados cuando impugna una medida no arancelaria. Las únicas medidas respecto de las que se exige una demostración de los efectos negativos como parte de una alegación de infracción son las subvenciones recurribles. Por el contrario, el Miembro que impugne, al amparo, por ejemplo, del párrafo 4 del artículo III del GATT, una prohibición de la publicidad no necesita acreditar ningún tipo de efectos en el comercio para que su reclamación prospere. Tampoco se requiere demostrar los efectos en el comercio al impugnar MSF o reglamentos técnicos.

En resumen, las disciplinas aplicables a medidas no arancelarias distintas de las subvenciones recurribles no están vinculadas directamente a concesiones concretas en materia de acceso a los mercados. O lo que es lo mismo, un Miembro puede impugnar una MNA independientemente de que haya demostrado o no sus efectos en el comercio. Una vez dicho esto, es previsible que los Miembros no dediquen normalmente los recursos que son necesarios para plantear una reclamación a menos que la medida tenga algún efecto en el comercio.

En su formulación original, el artículo XXIII del GATT obligaba a la Parte Contratante que impugnara una medida adoptada por otra a demostrar que la medida en cuestión "anulaba o menoscababa" una ventaja que la primera preveía obtener en virtud del GATT (J.H. Jackson, 1989). No obstante, en 1962, un grupo especial de solución de diferencias del GATT determinó que cuando se produzca "claramente una infracción" de las disposiciones del GATT,

las medidas "constituirán a primera vista un caso de anulación o menoscabo ..." (informe del Grupo Especial del GATT, *Uruguay – Recurso al artículo XXIII*, párrafo 15). Esta presunción jurídica fue codificada posteriormente y en la actualidad se halla incorporada en el párrafo 8 del artículo 3 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD).

La alegación de anulación o menoscabo ha sido objeto de un amplio debate en la literatura económica, en la que se ha considerado que es un mecanismo eficiente para someter a disciplinas las medidas no arancelarias (véase la sección E.1 (c)). Aunque un Miembro de la OMC puede siempre impugnar una medida que no sea incompatible con el GATT pero "anule o menoscabe" ventajas que espera obtener en virtud de ese Acuerdo, como se explica más adelante, las alegaciones no basadas en una infracción están sujetas a prescripciones rigurosas y no es frecuente que se planteen, salvo cuando se "añaden" con carácter subsidiario para el caso de que no prosperen las alegaciones de infracción.

La inmensa mayoría de las diferencias que se plantean en el marco de la OMC implican alegaciones de infracción. Ningún Miembro de la OMC ha conseguido refutar la presunción de anulación o menoscabo que se deriva de la constatación de una infracción demostrando que las medidas no tenían efectos reales en el comercio (Organización Mundial del Comercio (OMC), 2004).

En el asunto *CE – Banano III*, las Comunidades Europeas trataron de refutar la presunción de anulación o menoscabo con respecto a las constataciones de infracción del GATT de 1994 formuladas por el Grupo Especial basándose en que los Estados Unidos no habían exportado nunca un solo plátano a la Comunidad Europea, por lo que no podían experimentar ningún perjuicio comercial. El Órgano de Apelación rechazó el argumento de las Comunidades Europeas y, al hacerlo, hizo suyo el siguiente razonamiento de un anterior Grupo Especial:

"El párrafo 2 del artículo III, primera cláusula, no puede interpretarse en el sentido de proteger las expectativas referentes a los volúmenes de las exportaciones; protege las expectativas acerca de la relación de competencia entre los productos importados y nacionales. Una variación de esa relación competitiva que sea contraria a esta disposición debe consiguientemente considerarse *ipso facto* anulación o menoscabo de ventajas resultantes del Acuerdo General. Por tanto la demostración de que una medida incompatible con el párrafo 2 del artículo III, primera cláusula, ejerce efectos nulos o insignificantes no constituiría, en opinión del Grupo Especial, demostración suficiente de que las ventajas resultantes de esa disposición no se han anulado o menoscabado, aún en el caso de que tal refutación fuera, en principio, legítima." (informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Superfund*, párrafo 5.19).

La reclamación no basada en una infracción se ha calificado de "acción excepcional" que "debe ser objeto de un enfoque prudente" (informe del Grupo Especial, *Japón – Películas*, párrafo 10.37 e informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 186).

(b) Normas del GATT/OMC sobre el comercio de mercancías y razones económicas de las MNA

En la sección B se explica que las medidas no arancelarias pueden estar justificadas cuando se adopten para hacer frente a una situación real de falla del mercado. Se explica también que en tanto que los efectos sobre el bienestar de una MNA adoptada para hacer frente a una situación real de falla del mercado son positivos, sus efectos en el comercio no son claros.

Desde un principio, el régimen del GATT/OMC reconoció la posibilidad de que los Miembros de la OMC necesiten adoptar medidas no arancelarias para hacer frente a disfunciones del mercado. A este respecto, puede entenderse que las normas del GATT/OMC sobre las MNA establecen "mecanismos" que permiten distinguir las medidas con las que se trata realmente de hacer frente a una falla del mercado de aquellas otras que tienen motivaciones oportunistas (véanse Trachtman, 1998; Marceau y Trachtman, 2009). En algunos casos, las normas del GATT/OMC tratan también de minimizar los efectos en el comercio de una MNA adoptada de otro modo para alcanzar un objetivo de política legítimo.

En contra de lo que sostienen algunos críticos, las normas del GATT/OMC no establecen una jerarquía entre los compromisos comerciales de los Miembros de la OMC y los objetivos de política pública que pueden perseguir esos Miembros mediante su reglamentación nacional. En última instancia, las normas del GATT/OMC permiten la aplicación de medidas no arancelarias que respondan a una finalidad legítima no proteccionista, aun cuando tales medidas tengan efectos en el comercio. Los "mecanismos" establecidos en los Acuerdos de la OMC para trazar el límite entre MNA proteccionistas y MNA no proteccionistas se describen *infra*.

(i) *La no discriminación y la pertinencia de la finalidad o propósito*

Como se expone en la sección E.1, las obligaciones de no discriminación establecidas en los artículos I y III del GATT son los principales mecanismos utilizados en el GATT para limitar la sustitución de políticas. Las excepciones generales del artículo XX del GATT, que permiten adoptar determinadas medidas para alcanzar objetivos de política pública reconocidos en esa disposición, como la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales y la conservación de los recursos naturales agotables, permiten una flexibilidad adicional.

A pesar de la flexibilidad adicional que permite el artículo XX, algunos temen que la obligación de trato nacional establecida en el artículo III pueda constituir un instrumento demasiado contundente si se aplica de forma mecánica. Quienes opinan así propugnan una interpretación de la obligación de trato nacional que no se centre exclusivamente en la cuestión de si las medidas no arancelarias impugnadas afectan o no a las importaciones de forma diferente que al producto nacional "similar", y consideran que el análisis debe tener también en cuenta el propósito o finalidad a que responde la medida impugnada, de modo que se impongan

limitaciones únicamente a aquellas medidas que no respondan a un objetivo legítimo.

Como explica Lester (2011), se han defendido tres posiciones en cuanto a la pertinencia de la finalidad o propósito para la evaluación de una reglamentación interior en el marco del artículo III. Los que componen el primer grupo consideran que la finalidad o propósito no debe desempeñar ningún papel en el análisis del trato nacional. En lugar de ello, estiman que la finalidad o propósito puede ser pertinente, en su caso, cuando el Miembro demandado invoca una de las excepciones generales enumeradas en el artículo XX del GATT. Los otros dos grupos creen que la finalidad o propósito debe tenerse en cuenta necesariamente en el análisis realizado en el marco del artículo III pero difieren en cuanto al momento exacto del análisis en que debe considerarse. Un grupo preconiza el examen de la finalidad o propósito al determinar si el producto importado y el producto nacional son "similares" y el otro cree que la finalidad o propósito forma parte del análisis de la cuestión de si el producto importado recibe un trato menos favorable que el producto nacional.

Dos grupos especiales del GATT trataron de incluir el examen del objetivo de la reglamentación en la evaluación de la discriminación, conforme a lo que se ha denominado "criterio de los objetivos y efectos" (*Estados Unidos – Bebidas derivadas de la malta y Canadá – Organismos provinciales de comercialización (Estados Unidos)*). Según Hudec, el "criterio de los objetivos y efectos" implica dos avances con respecto al enfoque tradicional. En primer lugar, el nuevo enfoque "atribuía a la filosofía de la 'similitud' menor importancia en el análisis y hacía depender fundamentalmente la cuestión de la infracción de los dos aspectos más importantes que diferencian una reglamentación de buena fe de la protección comercial: los efectos de la medida en el comercio y la buena fe del objetivo de la reglamentación al que supuestamente responde". En segundo lugar "al hacer posible examinar la cuestión de la justificación normativa al mismo tiempo que se determina la existencia o no de la propia infracción, el enfoque basado en el criterio de los 'objetivos y efectos' evitaba la desestimación prematura de reclamaciones legítimas por razones basadas exclusivamente en la 'no similitud' y un trato excesivamente riguroso". (Hudec, 2003:628).

Regan (2003) ha propugnado también la inclusión del examen del objetivo de la reglamentación en la evaluación de la no discriminación en el marco del artículo III del GATT. A su juicio, en esa evaluación la cuestión fundamental que hay que dilucidar es si la medida responde o no a una finalidad legislativa proteccionista. Regan aclara que no hay que atender a la motivación subjetiva de los distintos legisladores, sino, de forma más general, a las fuerzas políticas a las que puede imputarse el resultado político último. El autor reconoce que la promulgación de una reglamentación puede obedecer a varias finalidades y propone que, cuando así sea, sólo se invalide la reglamentación en los casos en los que no se habría adoptado "de no ser por" la contribución a una finalidad proteccionista.

Se considera generalmente que el criterio de los "objetivos y efectos" fue rechazado en el asunto *Japón – Bebidas alcohólicas*, la primera diferencia sobre no discriminación en relación con los impuestos internos resuelta en el marco del mecanismo de solución de diferencias de la OMC (véase

Roessler, 2003). La cuestión se planteó también en el asunto *CE – Banano III*, en el que el Órgano de Apelación se negó a aplicar el criterio de los "objetivos y efectos" en el contexto del análisis de una reclamación formulada al amparo de los artículos II y XVII del AGCS. No obstante, algunos autores han señalado que en posteriores informes del Órgano de Apelación parece atribuirse cierta importancia al objetivo de la reglamentación a efectos de la evaluación en el marco del artículo III del GATT (Regan, 2003; Porges y Trachtman, 2003).³⁵ Se trata de un asunto que es objeto de debate actualmente a raíz de las resoluciones sobre el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC formuladas por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor y Estados Unidos – Atún II (México)* (véase *infra*).

Tanto el Acuerdo MSF como el Acuerdo OTC establecen obligaciones de no discriminación, aunque operan de forma ligeramente distinta. El Acuerdo MSF prescribe que las medidas sanitarias o fitosanitarias no deben discriminar "de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros". Con esta formulación se reconoce que, debido a las diferencias en cuanto al clima, las plagas o enfermedades existentes o la situación en lo que respecta a la inocuidad de los alimentos, no siempre es adecuado imponer las mismas prescripciones sanitarias y fitosanitarias a productos alimenticios, o productos de origen animal o vegetal procedentes de diferentes países. Las medidas sanitarias y fitosanitarias difieren a veces en función del país de origen del producto de que se trate. Marceau y Trachtman (2009) contrastan esta disposición con el artículo III del GATT, y señalan que la primera no parece requerir un análisis del "producto similar" sino que se centra más bien en la justificación de la discriminación entre situaciones.

El texto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es más similar al del artículo III del GATT. El Acuerdo OTC dispone que los Miembros de la OMC se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país.

Como se ha señalado antes, la pertinencia de la razón de ser o finalidad de las medidas ha sido objeto de intensos debates en el contexto del artículo III del GATT. La cuestión se ha planteado actualmente en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Cabe recordar, a este respecto, que el Acuerdo OTC no incluye una disposición sobre excepciones generales análoga al artículo XX del GATT.

Últimamente, tres grupos especiales han adoptado enfoques diferentes con respecto a la pertinencia del propósito o finalidad para la evaluación de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos – Atún II (México)*, remitiéndose a la interpretación dada al párrafo 4 del artículo III del GATT por el Órgano de Apelación en *CE – Amianto*, consideró que la expresión "productos similares" del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC se refiere a la naturaleza y medida de la relación de competencia entre productos (informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.225). Dicho de otro modo, el Grupo Especial se mostró reacio a tener en cuenta en esa etapa el

propósito o la finalidad de la medida. El Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos – EPO* (Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen) adoptó un enfoque similar.

Por el contrario, el Grupo Especial encargado de resolver la diferencia *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, que examinó una reclamación contra una medida relativa al tabaco por la que se prohíben los cigarrillos de aromas característicos distintos de los de tabaco o mentol, se negó a abordar el análisis de la similitud "principalmente desde la perspectiva de la competencia" y consideró, antes bien, que la ponderación de las pruebas relativas a los criterios de similitud debía estar influida por el hecho de que la medida en litigio era "un reglamento técnico que [tenía] por finalidad inmediata la reglamentación de los cigarrillos con aromas característicos por motivos de salud pública", lo que implicaba que el Grupo Especial debía "prestar especial atención a la importancia del objetivo de salud pública de un reglamento técnico y a la manera en que determinadas características de los productos pertinentes, sus usos finales y la percepción que los consumidores tienen de ellos han de evaluarse a la luz de ese objetivo".

En consecuencia, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que "el legítimo objetivo de salud pública declarado" de la medida en litigio – la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes – debía "permear e informar [su] análisis de la similitud". De forma más concreta, consideró que el objetivo legítimo declarado de salud pública era pertinente al examen de las características físicas importantes a efectos de la finalidad inmediata de regular los cigarrillos con aromas característicos, así como del criterio de los gustos y hábitos de los consumidores en virtud de los cuales su percepción, o más bien la de los posibles consumidores, sólo podía evaluarse por referencia al objetivo de protección de la salud del reglamento técnico en litigio (informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 7.119).

Otro aspecto interesante del procedimiento del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos – EPO* es que las partes debatieron ampliamente los supuestos efectos reales en el comercio y si esos efectos podían atribuirse a las medidas en litigio (la medida sobre el EPO) o a otros factores. Las partes presentaron cifras y análisis económicos, incluidos estudios econométricos. Para el Grupo Especial, esta era una cuestión fáctica importante en la diferencia: el Grupo Especial consideró importante hacer constataciones sobre los efectos reales en el comercio de la medida sobre el EPO aunque, con arreglo al criterio jurídico que había identificado por lo que respecta al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, esas constataciones no eran indispensables para el análisis de la alegación de los reclamantes. De hecho, el Grupo Especial fue más allá, aduciendo que tenía el derecho, "y en realidad el deber, de hacer las constataciones fácticas necesarias para realizar un análisis objetivo de la diferencia y de todas las pruebas que tenemos ante nosotros" y que la función básica de los grupos especiales no excluía – y, de hecho, podía requerir – el examen de pruebas y argumentos económicos y econométricos.

Por lo tanto, aunque el Grupo Especial no realizó, de hecho, ningún análisis econométrico propio, evaluó la solidez de los estudios contradictorios presentados por los Estados Unidos y el Canadá, poniendo de relieve que los estudios econométricos, contrariamente a los análisis descriptivos,

permitían aislar y cuantificar los distintos factores que estaban en juego. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que el estudio econométrico canadiense (Sumner) había establecido una presunción *prima facie* de que la medida sobre el EPO tuvo una marcada repercusión negativa y significativa en las cuotas de importación y la base de los precios del ganado canadiense. El Grupo Especial llegó también a la conclusión de que esta repercusión que demostraba el estudio canadiense y que no refutaba el Estudio econométrico del USDA coincidía con su constatación de que la medida sobre el EPO otorgaba un trato menos favorable (a los cortes de carne (músculo)) en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC (informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – EPO*, párrafos 7.444-7.566).

Los informes de los tres grupos especiales citados fueron objeto de apelación, pero en el momento en que se redacta el presente informe sólo se han distribuido los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor y Estados Unidos – Atún II (México)*.

El Órgano de Apelación discrepó de la interpretación que hizo el Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* del concepto de "productos similares" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que se centra en los fines del reglamento técnico en cuestión, como algo independiente de la relación de competencia entre dos o más productos. A juicio del Órgano de Apelación, "el contexto que ofrecen el propio párrafo 1 del artículo 2, otras disposiciones del Acuerdo OTC, el Acuerdo OTC en su conjunto y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, así como el objeto y fin del Acuerdo OTC, apoyan una interpretación del concepto de 'similitud' en el marco del párrafo 1 del artículo 2 que se basa en la relación de competencia entre dos o más productos". Las preocupaciones normativas subyacentes a un reglamento técnico sólo pueden tenerse en cuenta en la medida en que sean pertinentes para el examen de determinados criterios de similitud y se reflejen en la relación de competencia de los productos.³⁶ No obstante, en último término, el Órgano de Apelación consideró que los criterios de "similitud" que había examinado el Grupo Especial apoyaban su conclusión general de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados eran productos similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 156 y 160).

El Órgano de Apelación se ocupó también del elemento "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y señaló que un grupo especial que examine una alegación de infracción al amparo del párrafo 1 del artículo 2 debe tratar de determinar si el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado del Miembro regulador en detrimento del grupo de productos importados frente al grupo de productos nacionales similares.

El Órgano de Apelación aclaró que "el contexto y el objeto y fin del Acuerdo OTC inclinan la balanza a favor de interpretar el requisito de 'trato no menos favorable' del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de que no prohíbe el efecto perjudicial a las importaciones que derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima", lo que implica que cuando un reglamento técnico no establece una

discriminación *de jure* contra las importaciones, "la existencia de un efecto perjudicial para las oportunidades de competencia del grupo de productos importados frente al de productos nacionales similares no es determinante con respecto a la existencia de trato no menos favorable a tenor del párrafo 1 del artículo 2". Los grupos especiales deben analizar con detalle si el efecto perjudicial para las importaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja la discriminación del grupo de productos importados. Al formular esta determinación, los grupos especiales deben examinar cuidadosamente las circunstancias concretas del caso, esto es, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico en litigio y, en particular, si éste es imparcial, para determinar si discrimina contra el grupo de productos importados (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 180-182).

En último término, el Órgano de Apelación se mostró de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial de que al eximir a los cigarrillos mentolados de la prohibición de los cigarrillos aromatizados, la medida estadounidense da a los cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares nacionales, en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Órgano de Apelación consideró que el efecto perjudicial de esa medida en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor no se derivaba de una distinción reglamentaria legítima, por cuanto los cigarrillos mentolados tenían las mismas características (el aroma que enmascara la aspereza del tabaco) que, desde la perspectiva del objetivo declarado de la medida estadounidense, justificaron la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor.

No obstante, el Órgano de Apelación se cuidó de aclarar que su resolución no implicaba que un Miembro de la OMC "no pueda adoptar medidas para perseguir objetivos sanitarios legítimos, tales como limitar y prevenir el consumo de tabaco por los jóvenes" y destacó que aunque la medida en litigio persigue el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco por los jóvenes prohibiendo los cigarrillos que contienen aromas e ingredientes que aumentan el atractivo del tabaco para los jóvenes, "lo hace de manera que es incompatible con la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, puesto que exige de la prohibición de los cigarrillos aromatizados a los cigarrillos mentolados, los cuales contienen, de manera similar, aromas e ingredientes que aumentan el atractivo del tabaco para los jóvenes" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 226 y 236).

El Órgano de Apelación se ocupó también de una alegación formulada al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en el asunto *Estados Unidos – Atún II (México)*. La similitud de los productos de atún de distintos orígenes no fue objeto de apelación. Por lo tanto, el debate sobre el párrafo 1 del artículo 2 quedó limitado al elemento "trato no menos favorable" de dicho párrafo. El Órgano de Apelación comenzó por explicar que los reglamentos técnicos son medidas que, por su propia naturaleza, establecen distinciones entre productos en función de sus características o de los procesos y métodos de producción con ellas relacionados. Por lo tanto, el párrafo 1 del artículo 2 no debe interpretarse en el sentido de que cualesquiera

distinciones, en particular las que se basan exclusivamente en las características concretas de un producto o en los procesos y métodos de producción concretos, constituirían *per se* un "trato menos favorable" (párrafo 211).

El Órgano de Apelación declaró que el análisis de la cuestión de si hay un trato menos favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 comprende los dos pasos siguientes: (i) una evaluación de la cuestión de si el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en detrimento del producto importado en comparación con el producto nacional similar o el producto similar originario de otro Miembro; y (ii) una determinación de la cuestión de si el efecto perjudicial refleja discriminación contra el producto importado del Miembro reclamante.

Volviendo a referirse a su anterior resolución en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, el Órgano de Apelación explicó que la existencia de un efecto perjudicial no es suficiente para demostrar un trato menos favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo 2; al contrario, un grupo especial debe analizar con detalle si el efecto perjudicial para las importaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja la discriminación del grupo de productos importados (párrafos 215 y 231). El Órgano de Apelación dijo además que, en este asunto, estudiaría, en particular si, a la luz de las constataciones fácticas hechas por el Grupo Especial y los hechos no controvertidos que figuraban en el expediente, la medida estadounidense es imparcial en cuanto a la forma en que aborda los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano (párrafo 232).

Pasando a referirse a las disposiciones sobre el etiquetado "dolphin-safe", el Órgano de Apelación constató que las constataciones fácticas del Grupo Especial "establecen claramente que el hecho de que los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines no puedan tener acceso a la etiqueta 'dolphin-safe' tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense" (párrafo 235). En cuanto a la cuestión de si el efecto perjudicial reflejaba discriminación, el Órgano de Apelación estudió si las distintas condiciones para el acceso a una etiqueta "dolphin-safe" "se adaptan" en función de los riesgos para los delfines derivados de los distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano, como habían alegado los Estados Unidos. El Órgano de Apelación tomó nota de la constatación del Grupo Especial de que, aunque la medida estadounidense aborda plenamente los efectos desfavorables para los delfines (incluidos los efectos observados y no observados) derivados de lances sobre delfines en el Océano Pacífico Tropical Oriental, no se ocupa de la mortalidad resultante de métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines en otras zonas del océano. En esas circunstancias, el Órgano de Apelación constató que la medida en litigio no es imparcial en la forma en que aborda los riesgos para los delfines derivados de distintas técnicas de pesca en distintas zonas del océano. Sobre esta base, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado "dolphin-safe" no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y constató, en cambio, que la medida estadounidense es incompatible con ese párrafo.

Los informes del Órgano de Apelación en los asuntos *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* y *Estados Unidos – Atún II (México)* se centraron en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC; el Órgano de Apelación trató el párrafo 4 del artículo III del GATT únicamente como un contexto pertinente para su interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. No obstante, los informes han dado lugar a un debate sobre sus consecuencias para el análisis de conformidad con el párrafo 4 del artículo III del GATT (véase el *International Economic Law and Policy Blog* (Blog sobre leyes y políticas económicas internacionales en <http://www.worldtradelaw.typepad.com>)).

Como se señaló anteriormente, el Acuerdo OTC y el GATT tienen una estructura diferente. El GATT contiene una disposición sobre excepciones generales (el artículo XX) que puede invocarse para justificar una medida que, de lo contrario, sería incompatible con el párrafo 4 del artículo III (u otra obligación establecida en el GATT). El artículo XX hace referencia a algunos de los objetivos de política que también se mencionan en el preámbulo del Acuerdo OTC, como la protección del medio ambiente. El Órgano de Apelación observó a este respecto que, aunque el GATT y el Acuerdo OTC intentan lograr un equilibrio similar, "en el GATT de 1994 ese equilibrio tiene su expresión en la norma relativa al trato nacional del párrafo 4 del artículo III, limitada por las excepciones previstas en el artículo XX, en tanto que en el Acuerdo OTC se expresa en el propio párrafo 1 del artículo 2, interpretado teniendo en cuenta su contexto y su objeto y fin" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 109). Algunos podrían interpretar que esto respalda la adopción de un enfoque basado en el párrafo 4 del artículo III, distinto del basado en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, según el cual cualquier fundamento de política legítimo para el trato diferente del producto importado y el producto nacional similar se consideraría en el marco de la evaluación de la defensa al amparo del artículo XX y no como parte de la evaluación de la cuestión de si existe discriminación de conformidad con el párrafo 4 del artículo III.

Conviene señalar asimismo que el artículo XX del GATT contiene una lista exhaustiva de las razones de política que pueden invocarse para justificar una medida que, en otro caso, sería incompatible con el GATT. Por el contrario, el Acuerdo OTC no limita expresamente los objetivos de política que se puede intentar alcanzar mediante un reglamento técnico. La gama de los objetivos que podrían justificar una medida es potencialmente más "abierto" en el Acuerdo OTC que en el GATT.

En el momento de la redacción del presente informe no había finalizado el procedimiento de apelación en el asunto *Estados Unidos – EPO*.

(ii) Nivel adecuado de protección

Ni el artículo III del GATT ni los Acuerdos MSF y OTC establecen niveles mínimos o máximos de protección reglamentaria. Por ejemplo, el Acuerdo MSF no obliga a los Miembros de la OMC a establecer reglamentaciones en relación con un riesgo determinado. En consecuencia, un Miembro de la OMC puede optar por no someterlo a ninguna reglamentación. Al mismo tiempo, ese Acuerdo no impone un tope al nivel máximo de reglamentación. El Órgano de Apelación ha destacado a este respecto que la determinación

del nivel de protección que estime adecuado es "prerrogativa" del Miembro de la OMC (informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 199).

Aunque tienen la prerrogativa de determinar su nivel de protección, los Miembros de la OMC han de cumplir el requisito de coherencia establecido en el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Una medida sanitaria o fitosanitaria incumplirá ese requisito cuando: (i) el Miembro que imponga la medida objeto de reclamación haya adoptado sus propios niveles adecuados de protección sanitaria frente a los riesgos para la vida o la salud de las personas en varias situaciones diferentes; (ii) esos niveles de protección presenten diferencias ("distinciones", como dice el párrafo 5 del artículo 5) arbitrarias o injustificables en su tratamiento de situaciones diferentes; y (iii) las diferencias arbitrarias o injustificables tengan por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Sin embargo, sólo es procedente un análisis en el marco del párrafo 5 del artículo 5 si las situaciones ponen de manifiesto niveles diferentes de protección y presentan algún elemento o algunos elementos comunes que sean suficientes para que resulten comparables (informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 214-215 y 217).

(iii) Base científica o técnica

El Acuerdo MSF exige que las medidas sanitarias y fitosanitarias se basen en principios científicos y no se mantengan sin testimonios científicos suficientes. A no ser que se adopten en una situación de emergencia o se basen en una norma internacional, las MSF deben basarse en una evaluación del riesgo, que el Acuerdo define de la siguiente forma:

"Evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio de un Miembro importador según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; o evaluación de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos."

Las medidas OTC también pueden ser respaldadas por estudios científicos o técnicos, aunque en algunos casos la información científica y técnica puede ser uno de los diversos factores tenidos en cuenta. De hecho, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC incluye la información disponible técnica y científica entre los elementos que deben tomarse en consideración al evaluar los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo legítimo perseguido con el reglamento técnico. Aunque es posible que deban tenerse en cuenta estudios técnicos que respalden la necesidad de determinados reglamentos técnicos en relación con la seguridad de los consumidores, la conveniencia de ese tipo de estudios en el caso de otros reglamentos técnicos – como determinadas prescripciones en materia de etiquetado para productos alimenticios sujetos a restricciones de carácter religioso – no resulta tan evidente. Los redactores del Acuerdo OTC parecen haber tenido en cuenta la posibilidad de que esas medidas impliquen evaluaciones técnicas

complejas, por cuanto previeron expresamente la posibilidad de que los grupos especiales que las examinen en el marco de la solución de diferencias de la OMC recurran a expertos "que preste[n] asesoramiento en cuestiones de naturaleza técnica" (véanse el artículo 14 y el Anexo 2 del Acuerdo OTC).

Los requisitos adicionales de los Acuerdos MSF y OTC han suscitado en algunos preocupación por la posibilidad de que la OMC interfiera en las opciones democráticas legítimas de los ciudadanos de los Miembros de la OMC que adoptan las medidas MSF u OTC. En relación con el Acuerdo MSF, Howse (2000) ha sostenido que esas prescripciones "no tienen el efecto de suplantar el juicio democrático acerca del riesgo y de la regulación del riesgo para someter esas cuestiones a la autoridad de la 'ciencia'" sino que, a su juicio, "el Acuerdo MSF incorpora la ciencia como un componente necesario del proceso de reglamentación, sin atribuir a la misma un peso decisivo". El autor considera que el enfoque adoptado por el Órgano de Apelación en *CE – Hormonas* respalda su opinión, y cita por ejemplo el reconocimiento por el Órgano de Apelación de que los Miembros de la OMC pueden adoptar una MSF aun en caso de división de las opiniones científicas o de incertidumbre.

La visión de Sykes (2006) es menos optimista. Sykes ha mantenido que compaginar la prescripción de testimonios científicos del Acuerdo MSF con el respeto a la soberanía de los Miembros de la OMC en materia de reglamentación "es sumamente difícil, si no imposible". A su juicio, "hay una contradicción fundamental entre una prescripción de testimonios científicos significativos y la soberanía en materia de reglamentación en todos los casos en los que existe incertidumbre científica grave". En su opinión, ello obliga a optar en la OMC "entre una interpretación de las prescripciones de testimonios científicos que las vacíe esencialmente de contenido y acepte los juicios de las autoridades nacionales acerca de la 'ciencia' y una interpretación que les dé un peso real en detrimento de la capacidad de las autoridades de reglamentación nacionales para elegir el nivel de riesgo que están dispuestas a tolerar". Sólo es posible un término medio "en los escasos supuestos en los que puede eliminarse rápidamente la incertidumbre científica a bajo costo".

Hoekman y Trachtman (2010) han sostenido que la prescripción de testimonios científicos del Acuerdo MSF no supone un apartamiento radical de la política general del GATT de prevenir la adopción de medidas discriminatorias (que con arreglo a una interpretación estricta se entiende que son únicamente aquellas que tienen efectos diferentes sin una justificación racional suficiente en lo que respecta al logro de un objetivo legítimo). Esos autores afirman que la prescripción de testimonios científicos puede entenderse como un indicador objetivo o "medida sustitutiva" en relación con un objetivo proteccionista. Explican que la prescripción de testimonios científicos (incluida la obligación de que las MSF se basen en una evaluación del riesgo) parece evaluar directamente "el grado y calidad del objetivo no proteccionista". Alternativamente, puede entenderse que la prescripción establece una presunción de existencia de un objetivo proteccionista en caso de que se constatare que la MSF no se basa en testimonios científicos. Entendida de esta forma, la prescripción de testimonios científicos se referiría fundamentalmente al problema de la sustitución de políticas.

La preocupación por la invasión del ámbito normativo de los gobiernos nacionales en esferas tan sensibles como las medidas sanitarias y las medidas relativas a la inocuidad se refleja en la "norma de examen" aplicable al análisis de esas medidas por los órganos decisorios de la OMC. La norma de examen se refiere a la intensidad del análisis de las medidas nacionales que han de realizar los grupos especiales de la OMC. Como se ha indicado antes, las MSF han de basarse en principios científicos y no pueden mantenerse sin testimonios científicos suficientes, lo que a veces implica que el Miembro de la OMC que aplique esas medidas tiene que haber realizado una evaluación de riesgos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

Un grupo especial que evalúe la compatibilidad de una MSF con el párrafo 1 del artículo 5 no debe realizar su propia evaluación del riesgo, sino examinar la evaluación del riesgo realizada por el Miembro de la OMC. El Órgano de Apelación ha advertido que "[c]uando un grupo especial va más allá de los límites de este mandato y actúa como evaluador del riesgo, sustituye el juicio del evaluador del riesgo por su propio juicio científico y hace un examen *de novo*, con lo cual se excede de las funciones que le atribuye el artículo 11 del ESD" y ha explicado además que "la facultad de examen de los grupos especiales no consiste en determinar si la evaluación del riesgo realizada por un Miembro de la OMC es correcta, sino en determinar si se basa en un razonamiento coherente y en testimonios científicos respetables y si, en este sentido, se puede justificar objetivamente" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá – Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 481).

Cabe sostener que, en relación con las medidas adoptadas en el marco del Acuerdo OTC que se basan en algún tipo de evaluación técnica realizada por las autoridades nacionales, estaría justificada una norma de examen deferente, similar a la aplicada en el caso del examen de las MSF. No obstante hasta el momento no se ha prestado demasiada atención a la norma de examen en las diferencias planteadas en la OMC en relación con el Acuerdo OTC.

Una cuestión conexas que se ha planteado en relación tanto con el Acuerdo MSF como con el Acuerdo OTC es si los órganos decisorios de la OMC cuentan con el nivel necesario de competencia técnica para resolver las diferencias, que frecuentemente suponen complejos debates científicos o técnicos. La falta de los conocimientos científicos y técnicos necesarios es una de las razones que se ha dado para justificar una norma deferente de examen. Tanto el Acuerdo MSF como el Acuerdo OTC prevén la posibilidad de que los grupos especiales recaben asesoramiento de expertos y varios grupos especiales lo han hecho. Los grupos especiales deben consultar a las partes al elegir a los expertos y respetar el derecho de las partes a un procedimiento con las debidas garantías. Por ello se reprochó a un grupo especial que consultara a dos expertos que habían participado en la evaluación de seis hormonas a efectos de la elaboración de normas internacionales, dado que la idoneidad de esa evaluación era un elemento central de la diferencia planteada en la OMC (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá – Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 481).

Por otra parte, los expertos no pueden reemplazar a las partes, especialmente a la parte reclamante, a la que

corresponde la carga de la prueba (informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 222). El recurso a los expertos debe ser compatible con la norma de examen. En el caso de las MSF, las consultas a los expertos "no deben ... tener por objeto comprobar si éstos habrían hecho la evaluación del riesgo de la misma manera y habrían llegado a las mismas conclusiones que el evaluador del riesgo" (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá – Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 481). En otras palabras, la asistencia de los expertos está limitada por el tipo de examen que el grupo especial debe realizar.

(iv) *Una prescripción que impone una restricción menor del comercio*

Como se señaló anteriormente, un Miembro de la OMC que adopta una medida interna incompatible con una de las obligaciones previstas en el GATT puede, no obstante, justificar esa medida si ésta tiene el propósito de alcanzar uno de los objetivos de política reconocidos en el artículo XX y si, por lo demás, es compatible con las otras prescripciones de esa disposición. El artículo XX admite, entre otras, las medidas que son "necesarias" para proteger la moral pública o para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. De conformidad con el enfoque adoptado por algunos grupos especiales del GATT, una medida se consideraría "necesaria" únicamente si el Miembro que adopte la medida no tuviera a su alcance otra medida compatible con el GATT o cuyo grado de incompatibilidad con el mismo fuera menor, para alcanzar el objetivo de política pertinente (véanse el informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos – Artículo 337*, párrafo 5.26, y el informe del Grupo Especial del GATT, *Tailandia – Cigarrillos*, párrafo 75).

El Órgano de Apelación ha adoptado un enfoque más matizado de la necesidad. La determinación de la "necesidad", tal como la explica el Órgano de Apelación, implica sopesar y confrontar la importancia relativa de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada y de otros factores, entre los cuales caben habitualmente la contribución de la medida al logro de los fines que persigue y la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional. Si en este análisis se llega a una conclusión positiva, la necesidad de la medida debe confirmarse a continuación comparándola con las posibles alternativas menos restrictivas. La carga de identificar alternativas menos restrictivas corresponde a la parte reclamante. Para que pueda ser considerada una alternativa, la medida debe permitir al Miembro demandado alcanzar el mismo nivel de protección y debe estar razonablemente a su alcance – el Miembro demandado debe poder adoptarla, y la medida no puede imponer a ese Miembro una carga indebida, como costos prohibitivos o dificultades técnicas importantes – habida cuenta del nivel de desarrollo del Miembro de que se trate (informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafos 143 y 156).

De conformidad con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF, un Miembro de la OMC que establezca o mantenga medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria "se asegurará 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". En la

nota 3 del párrafo 6 del artículo 5 se aclara 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 el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y sea significativamente menos restrictiva del comercio". La evaluación descrita en la nota 3 podría interpretarse como un tipo de análisis de costos-beneficios.

En el asunto *Australia – Salmón*, el Órgano de Apelación declaró que el párrafo 6 del artículo 5 establece un triple criterio. La parte reclamante debe demostrar que hay otra medida: (i) razonablemente disponible, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica; (ii) con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro; y (iii) que sea significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada. Estos tres elementos son acumulativos, en el sentido de que para establecer la existencia de una incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5, es necesario que concurren todos ellos:

"En caso de que no concurriera alguno de esos elementos, la medida en litigio sería compatible con el párrafo 6 del artículo 5. Así pues, en caso de que no haya ninguna otra medida disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, de que con esa medida alternativa no se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro, o de que la medida en cuestión no sea significativamente menos restrictiva del comercio, la medida en litigio será compatible con el párrafo 6 del artículo 5" (informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 194).

En el asunto *Australia – Manzanas*, el Órgano de Apelación agregó que, al determinar si se han cumplido las dos primeras de estas condiciones (si existe una medida que esté razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica y con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro), un grupo especial debe centrar su evaluación en la medida alternativa propuesta. Un grupo especial necesitará comparar la medida alternativa propuesta con la MSF impugnada únicamente al examinar si se cumple la tercera condición (informe del Órgano de Apelación, *Australia – Manzanas*, WT/DS367/AB/R, párrafo 337).

Marceau y Trachtman (2009) sugieren que el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF, tal como se ha interpretado, parecería implicar el establecimiento de un equilibrio similar al que preconizó el Órgano de Apelación en relación con la evaluación de la necesidad de conformidad con el artículo XX del GATT. Una diferencia que identifican es que, contrariamente a lo que ocurre con la evaluación de la necesidad de conformidad con el artículo XX del GATT, la evaluación con arreglo al párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF no incluiría la consideración del grado de contribución de la medida al fin perseguido.

Por su parte, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC dispone que "[l]os Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. 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. Tales objetivos legítimos 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. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos".

Los grupos especiales que examinaron los asuntos *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, *Estados Unidos – Atún II* y *Estados Unidos – EPO* analizaron e interpretaron el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. A pesar de las diferencias existentes entre los análisis realizados por estos grupos especiales, pueden discernirse en los enfoques adoptados por ellos algunos elementos comunes.

Los tres grupos especiales interpretaron esta disposición en el sentido de que exige una averiguación acerca de los siguientes elementos: (i) si la medida en litigio persigue un objetivo legítimo; (ii) si la medida en litigio alcanza o contribuye a alcanzar los objetivos legítimos, en el nivel de protección que el Miembro considera apropiado; y (iii) si hay un medio alternativo que implique un grado menor de restricción del comercio para alcanzar el mismo nivel de protección. Además, en esas tres diferencias, los Estados Unidos, como parte demandada, adujeron de forma sistemática que la jurisprudencia relativa al artículo XX del GATT de 1994 no era pertinente a la interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y que los grupos especiales debían basarse en lugar de ella en el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF y en la jurisprudencia correspondiente (véase *supra*). Ninguno de los tres grupos especiales aceptó *in toto* la argumentación de los Estados Unidos y todos ellos se basaron, en diversa medida, al realizar su análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2, en la jurisprudencia del Órgano de Apelación en relación con el artículo XX del GATT de 1994. Los grupos especiales que examinaron los asuntos *Estados Unidos – Atún II (México)* y *Estados Unidos – EPO* también se basaron en el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF y en la jurisprudencia relativa a esa disposición al interpretar el párrafo 2 del artículo 2.

No obstante, los tres grupos especiales adoptaron criterios diferentes con respecto a cada uno de los elementos del análisis. A juicio del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, la primera etapa de un análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 requiere un examen de la cuestión de si la propia medida es necesaria para alcanzar los objetivos legítimos. Basándose en la interpretación dada por el Órgano de Apelación al término "necesarias" del artículo XX del GATT de 1994, el Grupo Especial destacó que para que pueda ser considerada "necesaria" a efectos del párrafo 2 del artículo 2 una medida debe hacer una "contribución importante" al logro del objetivo legítimo.

Tras constatar que Indonesia no había demostrado que la medida estadounidense en litigio no hacía ninguna "contribución importante" al objetivo declarado, el Grupo Especial pasó a la segunda etapa de su análisis – la identificación de una alternativa menos restrictiva del comercio – adoptando el criterio establecido por el Órgano

de Apelación en relación con el apartado (b) del artículo XX en el asunto *Brasil – Neumáticos recauchutados*, y concluyó que Indonesia, con la "mera enumeración de dos docenas de posibles medidas alternativas" no había establecido una presunción *prima facie*. Además, basándose asimismo en el informe del Órgano de Apelación en ese asunto, declaró que incluso si se establecía una presunción *prima facie*, los Estados Unidos la habían refutado al señalar que varias de las medidas alternativas propuestas ya estaban en vigor en los Estados Unidos.

En el Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos – Atún II* adoptó un enfoque diferente. A su juicio, el párrafo 2 del artículo 2 no exige que la propia medida sea necesaria para alcanzar el objetivo legítimo, sino que el grado de restricción del comercio que implica la medida impugnada sea necesario para lograrlo. El Grupo Especial señaló que el párrafo 2 del artículo 2 difiere de los apartados (b) y (d) del artículo XX del GATT de 1994, que exigen que la medida sea necesaria. A pesar de esa observación, el Grupo Especial, como primer paso, procedió a evaluar la manera en que las medidas en litigio alcanzaban sus objetivos legítimos y el grado en que lo hacían, teniendo en cuenta el nivel de protección elegido por el Miembro de la OMC. No obstante, su análisis difiere a este respecto del realizado por el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, por cuanto no se centró en la "contribución importante", sino en "la manera y el grado" en que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado "dolphin-safe" alcanzan los objetivos identificados por los Estados Unidos.

Tras constatar que las medidas podían contribuir a alcanzar esos objetivos, el Grupo Especial examinó si existía una medida alternativa menos restrictiva del comercio que lograra el mismo nivel de protección.

En *Estados Unidos – EPO*, el Grupo Especial se centró exclusivamente en la cuestión de si la medida estadounidense permitía alcanzar su objetivo declarado, aun cuando su interpretación del párrafo 2 del artículo 2 contempla la evaluación de otras etapas, como el examen de si la medida en cuestión es "más restrictiva del comercio" de lo necesario dada la existencia de medidas alternativas menos restrictivas que podrían cumplir igualmente el objetivo identificado. En esta ocasión, el Grupo Especial se basó asimismo en la jurisprudencia del Órgano de Apelación relativa al artículo XX, y observó que puede decirse que una medida contribuye a alcanzar sus objetivos cuando hay "una relación auténtica de fines a medios" entre el objetivo y la medida. No obstante, al haber constatado que la medida no lograba el objetivo que había determinado que perseguían los Estados Unidos mediante esa medida, el Grupo Especial no evaluó la existencia de medidas alternativas menos restrictivas del comercio para alcanzar dicho objetivo.

Como se ha indicado antes, el procedimiento de apelación en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* ha concluido. No obstante, al no haber sido objeto de apelación las constataciones del Grupo Especial en relación con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación no se ha ocupado de esas constataciones.

El Órgano de Apelación interpretó el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC en el asunto *Estados Unidos – Atún II* (México), describiendo la evaluación requerida de

conformidad con esa disposición del modo siguiente. En primer lugar, un grupo especial debe evaluar el objetivo u objetivos que trata de alcanzar un Miembro por medio de un reglamento técnico. En esa evaluación, puede tener en cuenta el texto de instrumentos jurídicos, los antecedentes legislativos y otras pruebas relativas a la estructura y aplicación de la medida. Un grupo especial no está obligado por la caracterización que hace un Miembro de los objetivos que persigue por medio de la medida, pero debe evaluarlos de manera independiente y objetiva. A continuación el análisis debe pasar a ocuparse de la cuestión de si un objetivo concreto es legítimo (párrafo 314). Además, un grupo especial debe considerar si el reglamento técnico "alcanza" un objetivo. Esta es una cuestión que se refiere al grado de la contribución que un reglamento técnico hace al logro del objetivo legítimo. Por consiguiente, cuando un grupo especial se pronuncia sobre una alegación planteada al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, debe tratar de averiguar en qué grado el reglamento técnico impugnado, tal como se ha redactado y aplicado, contribuye realmente al objetivo legítimo perseguido por el Miembro, si es que contribuye en grado alguno.

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 (párrafo 317). Además, la evaluación de la "necesidad" de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 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. En la mayoría de las ocasiones, ello supondrá que habrá que comparar el grado de restricción del comercio que entraña la medida en litigio y el grado en que ésta alcanza el objetivo con el grado en que lo hacen las posibles medidas alternativas razonablemente disponibles y menos restrictivas del comercio que la medida impugnada, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Como aclaró el Órgano de Apelación en anteriores apelaciones, la comparación con medidas alternativas razonablemente disponibles es una herramienta conceptual para comprobar si una medida impugnada restringe el comercio más de lo necesario.

La obligación de tener en cuenta "los riesgos que crearía no alcanzarlo" sugiere además 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. Ello indica que se debe sopesar y confrontar otro elemento al determinar si el grado en que un reglamento técnico restringe el comercio es "necesario" o, subsidiariamente, si una posible medida alternativa, que sea menos restrictiva del comercio, haría una contribución equivalente al logro del objetivo legítimo pertinente, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar dicho objetivo, y si estaría razonablemente disponible (párrafos 318-321).

Por lo que se refiere a la medida impugnada por México al amparo del párrafo 2 del artículo 2, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que México había demostrado que las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado "dolphin-safe" restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos de los Estados Unidos. Al hacerlo, el Órgano de Apelación

explicó, entre otras cosas, que el Grupo Especial había realizado un análisis y una comparación que estaban viciados entre la medida impugnada y la medida alternativa propuesta por México (la coexistencia de las normas relativas al etiquetado del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines y las disposiciones estadounidenses sobre etiquetado. El Órgano de Apelación señaló también que la medida alternativa propuesta por México no haría una contribución a los objetivos de los Estados Unidos equivalente a la de la medida estadounidense en todas las zonas del océano. Sobre esta base, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que la medida es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC (párrafos 328-331).

En el momento de redactar el presente informe sigue en curso el procedimiento de apelación en *Estados Unidos – EPO*.

Sykes (2003) ha indicado que el requisito del grado menor de restricción del comercio recogido en los Acuerdos de la OMC es una forma "rudimentaria" del análisis de costos-beneficios "en la que se atiende sobre todo a los costos del error y a la incertidumbre". El autor considera que se trata de una forma "rudimentaria" porque no hay una cuantificación real de los costos y beneficios de otras posibles políticas de reglamentación en términos monetarios o conforme a otros baremos. Según Sykes, las instancias decisorias de la OMC proceden "de forma más subjetiva y cualitativa" al evaluar el efecto en el comercio de otras medidas posibles, sus dificultades administrativas y el costo en recursos que entrañan, así como su eficacia normativa. Sykes pasa revista a las decisiones adoptadas en las diferencias sustanciadas en el marco de la OMC en 2003, así como por anteriores grupos especiales del GATT, y constata que esas decisiones respaldan su interpretación del requisito del grado menor de restricción del comercio como una forma "rudimentaria" del análisis de los costos-beneficios.

Bown y Trachtman (2009) ponen en tela de juicio el criterio de necesidad articulado por el Órgano de Apelación y su aplicación en la diferencia *Brasil – Neumáticos recauchutados*. Sostienen que el Órgano de Apelación se ha abstenido de evaluar por sí mismo, o de declarar que el Grupo Especial debía haber evaluado, de forma efectiva, los factores que se supone que deben sopesarse y confrontarse con arreglo a ese criterio. En ausencia de una evaluación de esa naturaleza, los órganos decisorios aceptan de hecho la evaluación de las autoridades nacionales. Bown y Trachtman se preguntan si ese grado de deferencia se ajusta al mandato de los órganos decisorios de la OMC. En lo que respecta al criterio que sería procedente aplicar en este contexto, señalan que el texto del artículo XX, y en particular el término "necesarias", indica con toda lógica que es procedente aplicar el criterio de "la alternativa razonablemente al alcance menos incompatible con el tratado", que en este contexto requeriría un análisis comparativo de la existencia o no de otra medida con la que se obtuvieran las mismas ventajas normativas que con la medida impugnada, con una restricción menor del comercio como contrapartida, y sin que su aplicación supusiera excesivos costos. No obstante, Bown y Trachtman indican que, en caso de que pueda modificarse el texto del tratado, sería más apropiado un enfoque basado en un análisis en términos de la economía del bienestar, y explican la forma en que se aplicaría ese enfoque utilizando a tal fin los hechos concurrentes en la diferencia *Brasil – Neumáticos recauchutados*.

Regan (2007) critica también el criterio de la confrontación articulado por el Órgano de Apelación. Al igual que Bown y Trachtman, aduce que el término "necesarias" del artículo XX sugiere un "criterio de la alternativa menos restrictiva". Añade que el Órgano de Apelación, aunque ha descrito su enfoque como un enfoque que implica un proceso consistente en sopesar y confrontar, ha adoptado en realidad sus decisiones sobre los asuntos basándose en el criterio de "la alternativa menos restrictiva". Una de las razones que da Regan para llegar a esa conclusión es que, a su juicio, hay una contradicción intrínseca entre un criterio de confrontación y la opinión avalada también por el Órgano de Apelación de que los Miembros de la OMC tienen derecho a determinar ellos mismos su nivel apropiado de protección.

Regan formula además una objeción que considera aún más importante. En su opinión los órganos decisorios de la OMC carecen de competencia para pronunciarse sobre la importancia relativa de diversos objetivos (no proteccionistas) que los Miembros de la OMC pueden perseguir y considera que, de hacerlo, ese modo de proceder constituiría una invasión grave de la autonomía normativa de los Miembros. Regan explica que la ventaja del criterio de "la alternativa menos restrictiva" – que es el criterio que considera que el Órgano de Apelación ha aplicado en realidad – estriba en que no requiere un pronunciamiento de esa naturaleza, sino que se limita a confrontar los costos para el comercio con los costos administrativos/de aplicación (y no del logro del objetivo perseguido).

(v) Normas internacionales

Como se expone en las secciones E.1 y E.2, las divergencias de reglamentación pueden dar lugar a costos más elevados para los productores, los exportadores y los importadores. La OMC no es un organismo de normalización. El principal medio que utiliza para promover la convergencia normativa es alentar a los Miembros a que utilicen las normas internacionales. No obstante, ni el Acuerdo OTC ni el Acuerdo MSF obligan a un Miembro de la OMC a utilizarlas, de modo que los Miembros de la OMC pueden adoptar MSF o reglamentos técnicos que se aparten de las normas internacionales.

El párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo MSF dispone que "para armonizar en el mayor grado posible las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Miembros basarán sus medidas sanitarias o fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales, cuando existan". Sin embargo, el párrafo 3 de ese mismo artículo permite a los Miembros de la OMC establecer medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas internacionales "si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro de que se trate determine adecuado".

El incentivo jurídico para la armonización consiste en que, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF, se considerará que las medidas que estén basadas en normas 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 Acuerdo MSF y el GATT. No obstante, es importante destacar que, en caso de que un Miembro de la OMC opte por no basar su

medida sanitaria o fitosanitaria en una norma internacional, ello no entraña una presunción negativa respecto de la medida. Si ésta es impugnada en el marco de la solución de diferencias de la OMC, el Miembro reclamante tiene que demostrar su incompatibilidad con el Acuerdo MSF, y no es suficiente demostrar que la MSF no está basada en una norma internacional (informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 102 y 171).

En el caso de los reglamentos técnicos, el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC dispone que cuando "existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva" los Miembros de la OMC "utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos". No obstante, ese párrafo permite a los Miembros de la OMC apartarse de una norma internacional, aun cuando ésta exista, "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".

Al igual que en el caso de las MSF, hay un incentivo jurídico para utilizar una norma internacional en la preparación del reglamento técnico. Según el párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, siempre que un reglamento técnico responda a uno de los objetivos legítimos reconocidos por el Acuerdo y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional. Y, como ocurre en el caso de las MSF, el hecho de que un Miembro de la OMC opte por no utilizar una norma internacional como base de un reglamento técnico no conlleva una presunción negativa. Si el reglamento técnico en cuestión es impugnado en el marco de la solución de diferencias de la OMC, el Miembro reclamante tiene que demostrar que la norma internacional o sus elementos pertinentes serían un medio eficaz y apropiado para alcanzar el objetivo legítimo que se persigue (informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafo 275).

El Acuerdo MSF reconoce expresamente tres instituciones internacionales de normalización: la Comisión del Codex Alimentarius, la Oficina Internacional de Epizootias (denominada actualmente Organización Mundial de Sanidad Animal – OIE) y la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF). En lo que se refiere a cuestiones no abarcadas por esas tres organizaciones, el Acuerdo MSF deja margen para "las normas ... apropiadas promulgadas por otras organizaciones internacionales competentes, en las que puedan participar todos los Miembros, identificadas" por el Comité MSF de la OMC.

El Acuerdo OTC no especifica cuáles son las instituciones que pueden establecer "normas internacionales pertinentes". La cuestión de la "designación" o no de instituciones en el Acuerdo OTC es objeto de debate en el contexto de las negociaciones sobre el acceso a los mercados para los productos no agrícolas actualmente en curso en el marco de la Ronda de Doha. A este respecto, los Miembros de la OMC están divididos en dos bandos, aunque por el momento no se designan instituciones.

Un grupo de Miembros de la OMC sostiene que deben designarse expresamente las instituciones internacionales de

normalización competentes. Dado que el objetivo del propio Acuerdo OTC es promover la armonización, se aduce que ese objetivo se vería frustrado si coexisten varias organizaciones con actividades de normalización que establecen prescripciones que se solapan y pueden estar en contradicción entre sí. En un contexto en el que se alienta encarecidamente a los reguladores a basar sus medidas en normas internacionales, la competencia entre instituciones con actividades de normalización conllevaría una fragmentación de los mercados y gastos de cumplimiento innecesarios y podría incluso someter a los reguladores a intereses proteccionistas. Lo que hay que conseguir es precisamente lo contrario: una cooperación estrecha, una mayor inclusión y un reparto de la gobernanza a nivel internacional. El hecho de centrar la elaboración de las normas utilizadas con fines de reglamentación en un número reducido de instituciones internacionales incentivará una mayor participación de los interesados y en particular de la industria, con lo que se conseguirá que las normas sean pertinentes al mercado y reflejen la evolución tecnológica (documentos JOB/MA/81 y JOB/MA/80).

Se ha aducido también que la designación de las instituciones internacionales de normalización competentes facilitaría la participación de los países en desarrollo, porque esos países podrían establecer mejor el orden de sus prioridades para los escasos recursos de que disponen. A raíz de ello, una mayor participación de los países en desarrollo permitirá que las normas elaboradas reflejen sus intereses de la manera más amplia posible, confiriendo de este modo mayor legitimidad y pertinencia mundial a dichas normas (documentos JOB/MA/81 y JOB/MA/80).

Otro grupo de Miembros de la OMC sostiene lo contrario: las instituciones internacionales de normalización no deben ser designadas, porque la pertinencia, eficacia e idoneidad de una norma para satisfacer una determinada necesidad de reglamentación o del mercado de un Miembro depende de la propia norma y no de la institución que la haya elaborado. Esos Miembros aducen que el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC vincula la pertinencia de una "norma" al objetivo perseguido; el término "pertinentes" no está vinculado a la institución. Además, indican que al designar una institución determinada como "institución internacional con actividades de normalización competente", los Miembros de la OMC estarían aceptando básicamente todas las normas que elaborara esa institución sin tener en cuenta su contenido, incluso en los casos en que la norma no reflejara los intereses de todos los Miembros, o reflejara de manera desproporcionada los intereses de sólo algunos de ellos (documento G/TBT/W/138).

Se ha aducido también que un pequeño número de instituciones designadas no puede producir la amplia variedad de normas que hacen falta para satisfacer todas las necesidades de reglamentación y del mercado comprendidas en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC.³⁷ Por el contrario, el que sean varias las instituciones de normalización fomentará la innovación y ayudará a garantizar que las normas sean de calidad y respondan a las necesidades de reglamentación y del mercado. La mayor armonización será el resultado de la utilización creciente de esas normas (documento G/TBT/W/138).

Además, se ha sostenido que la mayoría de las instituciones que producen normas pertinentes al mercado (utilizadas realmente) son entidades del sector privado que tienen que

sufragar sus gastos mediante la venta de normas; la designación de instituciones eliminaría esta fuente de ingresos y concentraría esos ingresos en unas pocas manos. Por último, la "designación" de instituciones haría "pertinente" cualquier norma elaborada por una institución designada, con independencia de que esa norma respondiera o no de hecho a las necesidades de los países en desarrollo, y estaría en contradicción con el objetivo de promover la elaboración de normas que satisfagan las diversas necesidades de los países en desarrollo (documento G/TBT/W/138).

A pesar de esa divergencia de opiniones, ninguno de los "bandos" cuestiona la importancia de la utilización de normas internacionales como forma de reducir el número de medidas no arancelarias innecesarias, y todos los Miembros de la OMC están de acuerdo en que es importante atenderse a la Decisión de 2000 del Comité OTC, que establece seis principios y procedimientos. (Decisión del Comité OTC relativa a los Principios para la Elaboración de Normas, Guías y Recomendaciones Internacionales con arreglo a los artículos 2 y 5 y al Anexo 3, G/TBT/1/Rev.9, página 41).³⁸ Recientemente se reconoció que esta Decisión tiene un valor para la interpretación como "acuerdo ulterior" en el sentido del párrafo 3 (a) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 372).

Otra cuestión que se ha planteado en el marco de la solución de diferencias de la OMC es la relativa a si para que pueda ser considerada una "norma internacional pertinente" en el sentido del párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC, una norma internacional ha de ser adoptada por consenso. En la Nota Explicativa de la definición de "norma" del Acuerdo OTC se dice que "las normas elaboradas por la comunidad internacional de normalización se basan en el consenso" y se añade que el Acuerdo OTC "abarca asimismo documentos que no están basados en un consenso". En *CE – Sardinias* se interpretó que esa formulación era aplicable también a las normas internacionales. El Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que la definición de "norma" del párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC no exige la aprobación por consenso de las normas adoptadas por una "institución reconocida" de la comunidad internacional de normalización.

El Órgano de Apelación aclaró a continuación que su resolución sólo era pertinente a los efectos del Acuerdo OTC y añadió que no tenía por objeto afectar en modo alguno a los requisitos internos que pudieran fijar para sí mismas las instituciones internacionales con actividades de normalización para la adopción de normas en el marco de sus respectivas operaciones. En palabras del Órgano de Apelación "el hecho de que constatemos que el Acuerdo OTC no exige la aprobación por consenso de las normas adoptadas por la comunidad internacional de normalización no debe interpretarse en el sentido de que consideramos que una institución internacional con actividades de normalización no debería exigir el consenso para la adopción de sus normas. No nos incumbe decidir a ese respecto" (informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafos 222 y 227).

La cuestión de lo que constituye una "norma internacional" a los efectos del Acuerdo OTC se examinó más recientemente en el asunto *Estados Unidos – Atún II (México)*. El Órgano de Apelación señaló que, con respecto al tipo de entidad que aprueba una norma "internacional", la Guía 2 de la ISO/CEI,

de 1991, hace referencia a una organización, mientras que el párrafo 2 del Anexo 1 del Acuerdo OTC estipula que una "norma" debe ser aprobada por una "institución". No obstante, el Órgano de Apelación observó que el Acuerdo OTC establece que las definiciones de ese Acuerdo prevalecen sobre las definiciones que figuran en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991. Por consiguiente, el Órgano de Apelación resolvió que, para constituir una "norma internacional", una norma tiene que ser adoptada por una "institución internacional con actividades de normalización" a los efectos del Acuerdo OTC.

El Órgano de Apelación explicó además que un elemento necesario de la definición de una norma "internacional" a los efectos del Acuerdo OTC es la aprobación de la norma por una "institución internacional con actividades de normalización", es decir, una institución que tenga actividades reconocidas en el ámbito de la normalización y esté abierta a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros de la OMC. El Órgano de Apelación observó asimismo que el concepto de "reconocimiento" tiene un aspecto fáctico y un aspecto normativo. Una institución que tiene "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización" no tiene que tener la normalización como su función principal, ni siquiera como una de sus funciones principales. Al mismo tiempo, el aspecto fáctico del concepto de "reconocimiento" parecería exigir, como mínimo, que los Miembros de la OMC sepan, o tengan motivos para suponer, que el organismo internacional en cuestión se dedica a actividades en el ámbito de la normalización. Al examinar si una institución internacional tiene "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización", serían pertinentes pruebas del reconocimiento por los Miembros de la OMC, así como pruebas del reconocimiento por instituciones nacionales con actividades de normalización. Una institución con actividades de normalización se considerará abierta si la adhesión a la misma no está restringida. La institución con actividades de normalización debe estar abierta a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros sobre una base no discriminatoria. Además, debe estar abierta en las diferentes fases del procedimiento de elaboración de normas.

Habiendo expuesto sus opiniones sobre la definición de una "norma internacional" a los efectos del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación consideró a continuación la cuestión de si la definición y la certificación *dolphin-safe* previstas en el Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD) reunían las condiciones para ser consideradas una de tales normas. El Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial y resolvió que el APICD no es una "institución internacional con actividades de normalización" a los efectos del Acuerdo OTC porque adherirse a ella exige una invitación de las partes, decisión que debe adoptarse por consenso, y el Órgano de Apelación no estaba convencido de que ser invitado a adherirse al APICD sea una mera "formalidad" (párrafos 398-399).

En los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Atún II (México)* se trató también la cuestión de si las medidas estadounidenses sobre el etiquetado *dolphin-safe* constituían un reglamento técnico o una norma voluntaria. Las constataciones sobre esta cuestión se examinan en el capítulo E.3 (vi).

(vi) *Reglamentación de la actuación privada*

Los Acuerdos de la OMC regulan fundamentalmente la actuación gubernamental. Sin embargo, como se expone en la sección E.1, la conducta privada puede tener a veces efectos equivalentes a los de una medida no arancelaria impuesta por el gobierno.

La intervención de algún elemento de conducta privada no significa necesariamente que un Miembro de la OMC sea eximido de su responsabilidad de cumplir las obligaciones que le corresponden en virtud de los Acuerdos de la OMC. Así, por ejemplo, en el asunto *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, hubo una reducción del número de establecimientos minoristas para la venta de carne vacuna importada que fue consecuencia de las decisiones de distintos minoristas que pudieron optar libremente por vender el producto nacional o el producto importado. No obstante, el Órgano de Apelación explicó que la necesidad jurídica de optar – entre vender la carne vacuna nacional o importada – estaba impuesta por la medida misma del Gobierno. En estas circunstancias, "la intervención de algún elemento de opción privada no exim[ió] a Corea de responsabilidad en virtud del GATT de 1994 por el resultante establecimiento de condiciones de competencia menos favorables para el producto importado que para el producto nacional" (informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 146).

Una situación análoga se planteó en la reciente diferencia *Estados Unidos – Atún II (México)*, en la que el Órgano de Apelación consideró la cuestión de si el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos era resultado de la intervención del Gobierno o era simplemente el efecto de la elección privada de los consumidores estadounidenses. El Órgano de Apelación sostuvo que la modificación de las condiciones de competencia y, por lo tanto, el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos eran resultado de la medida del Gobierno estadounidense impugnada – es decir, de las disposiciones sobre el etiquetado "dolphin-safe" de los Estados Unidos. El Órgano de Apelación basó su constatación en el hecho de que es la medida del Gobierno la que establece los requisitos para que un producto pueda llevar la etiqueta "dolphin-safe" en los Estados Unidos. Además, aunque las decisiones de los consumidores estadounidenses sobre la compra de productos de atún *dolphin-safe* sean resultado de las propias elecciones de éstos, es la medida del Gobierno la que controla el acceso a la etiqueta y circunscribe la manera en que los consumidores pueden expresar sus preferencias por los productos de atún "dolphin-safe" (párrafo 239).

El Acuerdo OTC regula en cierta medida los organismos no gubernamentales de normalización como consecuencia de los compromisos relativos al Código de Buena Conducta. En la sección E.2, se explica la aplicación del Código a esos organismos.

El párrafo 4 del artículo 14 del Acuerdo OTC es una interesante disposición en lo que respecta a la atribución de una conducta privada a un Miembro de la OMC. En él se establece que se podrán invocar las disposiciones de solución de diferencias de la OMC cuando un Miembro haya obtenido resultados insatisfactorios en aplicación de determinadas disposiciones y cuando los intereses de otro Miembro se vean significativamente afectados. El párrafo 4

del artículo 14 añade que "(a) este respecto, dichos resultados tendrán que ser equivalentes a los previstos, como si la institución de que se trate fuese un Miembro".

El Acuerdo MSF dispone también que los Miembros "tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio ... cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo". De forma análoga, establece que los Miembros no deben adoptar medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a esas entidades no gubernamentales a actuar de manera incompatible con las disposiciones del Acuerdo.

Las normas privadas se utilizan cada vez más, por lo que son objeto de creciente atención. La cuestión de las normas privadas se planteó por primera vez en el Comité MSF en 2005. Los debates del Comité sobre las normas privadas se centraron inicialmente en tres temas: acceso a los mercados, desarrollo y normas de la OMC. En la esfera del acceso a los mercados, los Miembros de la OMC tienen opiniones divergentes acerca de si las normas representan una oportunidad o una amenaza para los exportadores. Preocupa a muchos Miembros la posibilidad de que el costo de la certificación, a veces ligado a la existencia de múltiples conjuntos de normas para diferentes compradores, constituya un problema, especialmente para los pequeños productores y sobre todo (aunque no exclusivamente) de los países en desarrollo. Los Miembros tienen también opiniones diferentes en cuanto a si las normas privadas están comprendidas en el ámbito de aplicación del Acuerdo MSF. El temor de que la proliferación de normas privadas pueda socavar algunos de los progresos realizados en la reglamentación de las medidas sanitarias y fitosanitarias mediante la adopción y aplicación del Acuerdo MSF está en la raíz de esas opiniones divergentes.

A pesar de la falta de consenso en cuanto a si las normas privadas entran en el marco general del Acuerdo MSF y de qué manera, la cuestión figura en el orden del día de todas las reuniones del Comité MSF desde junio de 2005. Además, la Secretaría de la OMC ha organizado dos sesiones informativas informales sobre el tema, y el fondo para la Aplicación de Normas y el Fomento del Comercio, asociación mundial que presta ayuda a los países en desarrollo con miras a la aplicación de las normas sanitarias y fitosanitarias internacionales, organizó un taller sobre la cuestión en 2008. Las sesiones informativas y el taller constituyeron una oportunidad de educación y sensibilización de doble sentido; permitieron a los funcionarios gubernamentales encargados de la reglamentación conocer y comprender mejor el funcionamiento de diversos sistemas de normas privadas y sus objetivos, y sensibilizaron a los operadores de esos sistemas con respecto a las preocupaciones que suscitan en los países en desarrollo y a sus efectos en esos países.

En marzo de 2011 el Comité MSF acordó aplicar cinco medidas prácticas recomendadas por un grupo de trabajo *ad hoc*³⁹ sobre la cuestión de las normas privadas (véanse los documentos G/SPS/55 y G/SPS/R/62). Aunque seguía habiendo una profunda división entre los Miembros de la OMC acerca de si las normas privadas están jurídicamente comprendidas en el ámbito de aplicación del Acuerdo MSF, el Comité acordó elaborar una definición de trabajo de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias y limitar sus debates a las normas privadas

comprendidas en ella. Además, convino en que debía haber periódicamente en el Comité un intercambio de información sobre la labor de las tres organizaciones internacionales de normalización a que hace referencia el Acuerdo MSF (el Codex, la CIPF y la OIE) y sobre las novedades pertinentes en otros Consejos y Comités de la OMC. Los Miembros convinieron en instruir a las entidades pertinentes del sector privado de sus países para que comprendieran las cuestiones planteadas en el Comité MSF y la importancia de las normas internacionales establecidas por el Códex, la CIPF y la OIE. El Comité acordó también estudiar la posibilidad de cooperar con esas tres instituciones en la elaboración de material informativo que hiciera ver la importancia de las normas sanitarias y fitosanitarias internacionales.

Como se ha indicado antes, una de las distinciones que establece el Acuerdo OTC entre los reglamentos técnicos y las normas estriba en que la observancia de los primeros es obligatorio y el de las segundas no. El Grupo Especial que examinó recientemente el asunto *Estados Unidos – Atún II (México)* tuvo que determinar si las medidas sobre el etiquetado *dolphin-safe* eran "reglamentos técnicos" en el sentido del Acuerdo OTC, como aducía México, o una norma voluntaria, como sostenían los Estados Unidos. El Grupo Especial declaró que "la observancia de las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados es 'obligatoria' en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 si el documento en el que figuran tiene el efecto de reglamentar de forma jurídicamente vinculante o imperativa las características en cuestión y si, en consecuencia, *prescribe* o *impone* de forma *vinculante* o *imperativa* que un determinado producto *ha de tener* o *no ha de tener* ciertas características, terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado, o que *ha de haber sido* o *no ha de haber sido* producido utilizando ciertos procesos y métodos de producción".

Los integrantes del Grupo Especial no estuvieron de acuerdo, sin embargo, acerca del carácter obligatorio o no de las medidas estadounidenses. La mayoría de ellos consideró que la prescripción estadounidense sobre el etiquetado es obligatoria porque (i) es jurídicamente exigible y vinculante con arreglo a la legislación de los Estados Unidos (la promulga el Gobierno e incluye sanciones legales); (ii) prescribe ciertos requisitos que se deben cumplir para hacer cualquier declaración sobre el modo en que se capturó el atún que contiene el producto de atún en relación con los delfines; y (iii) instituye la observancia de una norma específica como único medio de afirmar la condición "*dolphin-safe*" de los productos de atún.

El miembro del Grupo Especial que formuló una opinión particular indicó que "las medidas no imponen una prescripción general de que se etiqueten o no los productos de atún como '*dolphin-safe*', sino que "los operadores del mercado siguen decidiendo de forma voluntaria y discrecional si cumplen o no las condiciones que dan acceso a la etiqueta, y si hacen alguna declaración relativa a la condición *dolphin-safe* del atún que contiene el producto". Ese miembro del Grupo Especial determinó además que México no había demostrado que la medida fuera obligatoria *de facto*, porque no había establecido "la imposibilidad de comercializar productos de atún en los Estados Unidos sin la etiqueta '*dolphin-safe*'" ni que "dicha imposibilidad [fuera] el resultado de hechos suficientemente relacionados con las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado

dolphin-safe o con otra actuación gubernamental de los Estados Unidos" (informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.111 -7.188).

El Órgano de Apelación confirmó la constatación mayoritaria del Grupo Especial de que la medida estadounidense es un reglamento técnico sujeto a las disciplinas del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Órgano de Apelación señaló que la medida impugnada por México está constituida por actos legislativos, reglamentarios y judiciales de las autoridades federales estadounidenses e incluye disposiciones administrativas. La medida establece una definición única y jurídicamente obligatoria de producto de atún "*dolphin-safe*" y no permite utilizar otras etiquetas en los productos de atún que usan los términos "*dolphin-safe*", delfines, marsopas o mamíferos marinos que no satisfacen esa definición. De ese modo, la medida de los Estados Unidos prescribe de manera amplia y exhaustiva las condiciones aplicables para formular cualquier afirmación con respecto a la "inocuidad para los delfines" de un producto de atún, independientemente de cómo se haga esa afirmación (párrafo 199).

(vii) *Transparencia*

La transparencia es un elemento importante de todos los Acuerdos de la OMC. En la sección E.2 se han descrito algunas de las disposiciones en materia de transparencia más importantes de los Acuerdos MSF y OTC, y se explican las razones económicas del intercambio de información entre los Miembros de la OMC.

Las obligaciones de transparencia no son frecuentemente objeto de procedimientos de solución de diferencias de la OMC. No obstante, en un asunto reciente, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, se constató una infracción del párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que establece que "(s)alvo en las circunstancias urgentes mencionadas ..., los Miembros preverán un plazo prudencial entre la publicación de los reglamentos técnicos y su entrada en vigor, con el fin de dar tiempo a los productores de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las descripciones del Miembro importador". En el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, los Miembros convinieron en que "se entenderá que la expresión 'plazo prudencial' significa normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos".

El asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* se refería a un reglamento técnico adoptado por los Estados Unidos que entró en vigor tres meses después de haber sido publicado. En esa diferencia se planteó como cuestión inicial la cuestión de la condición jurídica del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha. El Órgano de Apelación rechazó la tesis de que ese párrafo constituyera una interpretación multilateral del Acuerdo OTC adoptada de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC, por la razón de que no fue adoptado sobre la base de una recomendación del Consejo del Comercio de Mercancías, que es el órgano que supervisa el Acuerdo OTC, según prescribe el párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC.

Al mismo tiempo, al igual que el Grupo Especial, el Órgano de Apelación consideró que el párrafo 5.2 tiene un valor

interpretativo porque constituye un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 (a) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, acerca de la interpretación de la expresión "plazo prudencial" en el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y constató seguidamente que, en conexión con el párrafo 5.2, el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC "establece la regla de que 'normalmente' los productores de los Miembros exportadores necesitan un período 'no inferior a seis meses' para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del reglamento técnico del Miembro importador".

El Órgano de Apelación explicó además que, una vez que se haya demostrado que el Miembro de la OMC que adopta un reglamento técnico no ha previsto un plazo de seis meses por lo menos entre su publicación y su entrada en vigor, corresponde a ese Miembro la carga de demostrar que estaba justificado un plazo más breve porque (i) las "circunstancias urgentes" mencionadas en el párrafo 10 del artículo 2 del Acuerdo OTC rodearon la adopción del reglamento técnico en cuestión; (ii) los productores del Miembro reclamante podrían haberse adaptado a las prescripciones del reglamento técnico en cuestión dentro del plazo más breve que previó; o (iii) un período "no inferior a" seis meses haría que no fuera factible cumplir los objetivos legítimos de su reglamento técnico. En este caso concreto, se constató que los Estados Unidos no habían demostrado que ninguna de las circunstancias antes mencionadas justificara un plazo inferior a seis meses (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 255, 268 y 290).

(c) Cuestiones relativas al AGCS

Las principales disciplinas relativas a las medidas que afectan al comercio de servicios son similares a las aplicables a las medidas no arancelarias en el caso del comercio de mercancías. Esas disciplinas sobre los servicios se centran en el trato NMF (artículo II), el acceso a los mercados (artículo XVI) y el trato nacional (artículo XVII). Sin embargo, en el marco del AGCS el trato nacional es bastante diferente del trato nacional en el comercio de mercancías, por cuanto únicamente se aplica a los sectores respecto de los que se han contraído compromisos y puede ser objeto de limitaciones. En consecuencia, en la esfera de los servicios la obligación de trato nacional no puede considerarse un medio de poner freno a la sustitución de políticas, sino que, al exigir que las limitaciones impuestas al acceso a los mercados y al trato nacional estén sujetas a la consignación en listas, el Acuerdo trata de limitar las consecuencias de esas medidas en el comercio de la misma forma que la consolidación de los aranceles en el marco del GATT.

El AGCS tiene un alcance muy amplio, como consecuencia de los cuatro modos de suministro que comprende el comercio de servicios. Además, a diferencia de los acuerdos comerciales tradicionales, el AGCS se ocupa principalmente de las medidas internas. Lo importante en el comercio de servicios suele ser el nivel general de apertura del mercado a los nuevos participantes y los participantes existentes y no sólo su apertura a los proveedores extranjeros. La amplitud del AGCS se refleja también en la amplia gama de medidas que abarca. De conformidad con el artículo I, el AGCS "se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios".

El Órgano de Apelación ha explicado que "el empleo de la expresión 'que afecten' refleja la intención de los redactores de dar al AGCS un amplio alcance" (informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párrafo 220). El AGCS puede abarcar también medidas que están comprendidas en el ámbito de aplicación del GATT. En el asunto citado, el Órgano de Apelación señaló que aunque algunas medidas estarán comprendidas en uno u otro Acuerdo, otras podrían considerarse comprendidas tanto en el ámbito del GATT como en el del AGCS. Son las "medidas que se refieren a un servicio relacionado con determinada mercancía o a un servicio suministrado conjuntamente con determinada mercancía". En esos casos "si bien la misma medida podría ser examinada en el marco de ambos Acuerdos, los aspectos específicos de la misma que se examinen a la luz de uno u otro Acuerdo podrían ser diferentes" (informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párrafo 221).

En principio, el problema de sustitución de políticas entre aranceles y medidas no arancelarias que se analiza en la sección E.2 sólo puede existir respecto de los servicios en caso de que los Miembros de la OMC, después de eliminar las limitaciones al acceso a los mercados o al trato nacional, recurran a la reglamentación nacional como instrumento sustitutivo. Actualmente las disciplinas relativas a la reglamentación nacional de conformidad con el mandato del párrafo 4 del artículo VI (véase la sección E.4) están aún por definir. Hasta la entrada en vigor de esas disciplinas, los Miembros, de conformidad con el párrafo 5 del artículo VI, no pueden aplicar reglamentaciones nacionales en materia de licencias y títulos de aptitud ni normas técnicas que anulen o menoscaben compromisos específicos. Es preciso además que esas reglamentaciones se basen en criterios objetivos y transparentes y no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio, y que no pudieran razonablemente haberse esperado en el momento en que se contrajeron los compromisos correspondientes.

Hasta el momento, el párrafo 5 del artículo VI no ha sido analizado en los asuntos de solución de diferencias de la OMC, aunque se han dado orientaciones sobre otros aspectos de la reglamentación nacional. En *Estados Unidos – Juegos de azar* se examinó la distinción que establece el AGCS entre restricciones del acceso a los mercados (artículo XVI) y reglamentación nacional (artículo VI). Se planteó la cuestión de si la prohibición de un medio de suministrar un servicio constituía una restricción del acceso a los mercados en el marco de los apartados (a) y (c) del párrafo 2 del artículo XVI o si estas disposiciones abarcaban únicamente medidas expresadas mediante un valor numérico. El Grupo Especial constató que una prohibición equivale de hecho a un "contingente nulo" y está abarcada, por tanto, por dichas disposiciones. Esa constatación fue confirmada en apelación (informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafos 224-239; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafo 265).

El asunto *México – Telecomunicaciones* ha puesto de manifiesto la estrecha relación existente entre la reglamentación nacional y la política en materia de competencia. Las medidas en litigio eran las leyes y reglamentos internos de México que rigen el suministro de servicios de telecomunicación y la legislación federal sobre competencia. El Grupo Especial constató que las tarifas de

interconexión cobradas por los principales proveedores de México no estaban "basadas en costos", como exigían las disciplinas no discriminatorias del Documento de Referencia incorporado a la Lista de México. Además, el Grupo Especial constató que, en lo que respecta a su reglamentación de los costos de interconexión, México no había adoptado medidas apropiadas para prevenir la aplicación de prácticas "anticompetitivas", como estaba obligado a hacer con arreglo a las disciplinas del Documento de Referencia. El Grupo Especial constató asimismo que no se había dado a los proveedores estadounidenses acceso a las redes públicas de transporte de telecomunicaciones "en términos y condiciones razonables", con infracción de las obligaciones impuestas a México por el Anexo sobre Telecomunicaciones.

4. Adaptar la OMC a un mundo más allá de los aranceles

En esta última sección se esbozan algunos de los principales problemas que plantea abordar las medidas no arancelarias en el sistema multilateral de comercio. En la subsección (a) se ilustra por qué la introducción de mejoras en el trato de las medidas no arancelarias en la OMC puede cobrar más importancia a la luz de la rápida evolución de la economía mundial (cadenas de producción transfronterizas) y la creciente utilización de MNA para atender amplios intereses de los consumidores y de carácter general, como la inocuidad de los alimentos y la calidad del medio ambiente.

En la subsección (b) se presta especial atención al margen de flexibilidad en materia de políticas para establecer MNA en el marco teórico y práctico de las reclamaciones no basadas en una infracción y de otros enfoques, como el reconocimiento mutuo y la armonización. En la subsección (c) se examinan las disposiciones actuales de la OMC en materia de transparencia y el problema de alinear los incentivos cuando la transparencia conlleva costos. La subsección (d) trata de la dificultad de distinguir entre los usos legítimos e ilegítimos de las MNA.

En la subsección (e) se analizan los desafíos de política con que tropieza la cooperación internacional en materia de medidas no arancelarias. En particular, se examina la cuestión de la convergencia de la reglamentación, la elaboración de normas sobre las normas privadas, las disciplinas sobre reglamentación nacional y las reglamentaciones "favorables a la competencia" en la esfera de los servicios. La subsección (f) concluye con el tema central de la necesidad de crear capacidad de reglamentación en los países en desarrollo.

(a) Las MNA en el siglo XXI

Los cambios acaecidos recientemente y los cambios previsible en el entorno comercial modifican la necesidad de medidas no arancelarias y la estructura de los incentivos de los gobiernos para utilizar estas medidas con fines proteccionistas. En el informe se han analizado a fondo las consecuencias de diversas esferas de cambio económico para las MNA, como la difusión de las redes mundiales de producción, las dificultades relativas a la reciente crisis financiera y la necesidad de abordar el cambio climático. Algunos de los problemas se analizan a continuación.

Las normas del GATT se concibieron para un mundo en el que el comercio internacional consistía predominantemente en el intercambio de mercancías finales y productos básicos. Pero el entorno económico moderno se ha vuelto más complejo a medida que las redes de producción cruzan las fronteras. Estos cambios plantean retos en el ámbito de la gobernanza, ya que los tipos de problemas que surgen en un mundo de deslocalización exigen un replanteamiento del marco actual del sistema multilateral de comercio, basado en el acceso a los mercados.

Como han sostenido Antràs y Staiger (2011, 2012), para resolver el tipo de problemas de política relacionados con la proliferación de las cadenas mundiales de producción se precisa una integración profunda antes que una integración superficial. Concretamente, la teoría expuesta en la sección E.1 (b) indica que si los productores están atrapados en relaciones comerciales con empresas extranjeras, los gobiernos deben tener en cuenta no sólo el acceso a los mercados, sino también los efectos de sus medidas en las fases iniciales y finales de la producción. Una forma de tener en cuenta esas necesidades es la posibilidad de modificar o reinterpretar las normas de la OMC para permitir que las reclamaciones no basadas en una infracción abarquen el 'acceso a los mercados intraempresarial'. Para ello sería preciso ampliar las reclamaciones no basadas en una infracción para que abarcaran las "ventajas" derivadas no sólo del acceso a los mercados previamente acordado, sino de la gama de políticas que afectan a la relación de negociación entre el proveedor de insumos y el comprador de esos insumos. Ese cambio obligaría a apartarse significativamente de la práctica actual y plantearía cuestiones complejas en el plano del diseño institucional. Parte del problema radica en distinguir las situaciones en que las ramas de producción fijan los precios mediante negociación y no con carácter competitivo. Las normas comerciales tendrían que reflejar esas diferencias sectoriales.

Existen pocas obras sobre la teoría de los acuerdos comerciales en condiciones de deslocalización que hayan intentado evaluar la importancia sustantiva de la formación de precios mediante negociación, por lo que resulta difícil determinar la necesidad de una respuesta institucional (Staiger, 2012). Como primer paso para poner a prueba la teoría, en la sección C.2 se examinan los sectores que tienen una proporción más elevada del comercio de bienes intermedios. Aunque la presencia de bienes intermedios no es lo mismo que la deslocalización y la negociación bilateral, es un indicio de los tipos de cadenas internacionales de suministro que dependerían de negociaciones sobre los precios y, por tanto, sobre los beneficios.

El análisis estadístico constata, no obstante, que la proporción de bienes intermedios guarda una correlación negativa con la cantidad de comercio abarcada por preocupaciones comerciales específicas (y, por extensión, la cantidad de comercio afectada por las medidas no arancelarias). Esto indica que, o bien el incentivo de utilizar MNA para desplazar los beneficios empresariales está dominado por otras consideraciones (como el deseo de crear un entorno atractivo para la producción mundial), o posiblemente que los gobiernos ya se han ocupado de esa cuestión en los acuerdos comerciales preferenciales de "integración profunda" vigentes (véase Organización Mundial del Comercio (OMC), 2011). Aunque los ACPR promuevan la

integración profunda, el desafío para la OMC consiste en garantizar la coherencia entre regímenes normativos divergentes que, en la práctica, pueden segmentar los mercados y aumentar los costos del comercio.

Los cambios en los mercados internacionales no sólo surgen de diferencias en la forma en que se organizan las empresas. También es probable que la utilización de medidas no arancelarias responda a una serie de tendencias previsible en el entorno económico mundial. En la sección B se ponen de relieve tres esferas en que los cambios económicos crean nuevos desafíos para la reglamentación de las MNA. Se trata de la manera en que se producen y consumen los alimentos, el papel central de las finanzas internacionales en la economía y en las crisis económicas, y los retos fundamentales del cambio climático. Cada uno de esos factores preocupa a los gobiernos que procuran promover un entorno normativo que proteja a amplios intereses de los consumidores y de la sociedad, el cual puede no obstante tener un efecto en el comercio.

El sistema agroalimentario crecientemente globalizado demuestra cómo la organización y reglamentación de las cadenas mundiales de suministro afecta a los intereses de las empresas, los gobiernos y los consumidores. En la sección B se sostiene que, a medida que aumentan los estándares de los consumidores, es mayor la necesidad de que las empresas gestionen sus cadenas de suministro y los gobiernos garanticen el nivel deseado de calidad e inocuidad. Esta labor se complica por la continua expansión de la internacionalización de la producción de alimentos, y la dificultad de rastrear productos que cambian de manos con gran rapidez y pasan por múltiples jurisdicciones.

Los servicios financieros internacionales son igualmente complejos y evolucionan con rapidez, pero desempeñan un papel central en la economía mundial. En este entorno, los problemas de los mercados financieros amenazan la estabilidad de economías enteras. Cuando se producen las crisis, los gobiernos recurren a una variedad de medidas para limitar los daños sistémicos y reactivar la demanda de los consumidores. Al mismo tiempo, las crisis económicas se asocian a un aumento de las exigencias de políticas proteccionistas que establezcan la economía nacional a expensas de otros países, alimentando la tensión económica. Este problema es especialmente pertinente habida cuenta de las aparentes deficiencias institucionales de la crisis financiera de 2008 y la subsiguiente recesión económica mundial.

Aunque la propia recesión crea problemas políticos para la cooperación internacional en general, la concentración y la gravedad de la crisis en los países que tienen regímenes normativos avanzados y cuentas de capital abiertas pueden hacer fracasar los esfuerzos por armonizar los reglamentos en el sector de servicios financieros. Como los servicios financieros siguen constituyendo una parte importante de la economía de muchos países, facilitar el comercio de esos servicios puede exigir mecanismos adicionales para coordinar la respuesta en caso de crisis.

Las crisis financieras, por perjudiciales que sean, han ocurrido antes y tienen una duración limitada. El cambio climático, sin embargo, surte efectos mundiales y duraderos. En el análisis del cambio climático realizado en la sección B se pone de relieve la dificultad de equilibrar las preocupaciones legítimas sobre la fuga de carbono y la

distribución equitativa de los costos de reducción del dióxido de carbono. Cuando los gobiernos tratan cada vez más de reglamentar las emisiones de carbono, parte del debate gira inevitablemente en torno a las consecuencias de estas medidas en el comercio.

(b) Flexibilidad en materia de políticas: tensiones entre el derecho y la economía

Cuando los gobiernos consolidan los aranceles y se comprometen a un nivel de acceso a los mercados, tal vez preocupe a sus interlocutores que las medidas adoptadas para atender preocupaciones internas puedan de hecho suponer una elusión de las obligaciones contraídas en virtud del acuerdo. Las normas vigentes de la OMC permiten a los gobiernos emplear medidas orientadas a la política pública autorizando las reclamaciones no basadas en una infracción, como se expone en la sección E.1 c), que permiten que los Miembros de la OMC obtengan una "compensación" cuando uno de sus interlocutores comerciales establezca una medida no arancelaria causante de distorsión del comercio retirando concesiones para reequilibrar el nivel de acceso a los mercados. Este recurso otorga un alto grado de flexibilidad en materia de políticas internas a los Miembros de la OMC, compatible con sus compromisos internacionales. Puede servir para fomentar la confianza en el valor de una negociación comercial y disuade a los gobiernos de utilizar MNA para incumplir sus compromisos. Sin embargo, en la práctica los Miembros de la OMC no presentan por lo general reclamaciones no basadas en una infracción en las diferencias comerciales.

Se han esgrimido varias razones para explicar por qué son escasas las reclamaciones en los casos en que no existe infracción. Una de ellas es que los Acuerdos de la Ronda Uruguay redujeron la posibilidad de que se planteen este tipo de casos porque el derecho del GATT/OMC resultó "cada vez más amplio y completo", reduciendo "el vacío legal en torno al GATT ... en particular respecto de la concesión de subvenciones", que era el blanco de la mayoría de las reclamaciones no basadas en una infracción presentadas durante los años del GATT (Kuijper, 1995). Otra de las razones que se han propuesto es que sigue habiendo varias ambigüedades acerca de los aspectos que debe satisfacer un reclamante para que su reclamación no basada en una infracción prospere.

Normalmente se entiende que una reclamación no basada en una infracción protege las expectativas de un Miembro de la OMC ("ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados") (Roessler y Gappah, 2005). No obstante, se han planteado interrogantes acerca de las expectativas concretas que se protegen y del momento en que puede afirmarse que se han visto frustradas. Por último, la medida correctiva disponible cuando prospera una reclamación no basada en una infracción es más débil que los recursos disponibles en casos de infracción. En el primer caso, la parte demandada no tiene la obligación de retirar la medida. En cambio, el Miembro demandado debe realizar "un ajuste mutuamente satisfactorio", que puede incluir la compensación (véase el párrafo 1 del artículo 26 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias).

De conformidad con el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), generalmente los Miembros de la OMC no

tienen que demostrar que una medida no arancelaria es efectivamente perjudicial para el acceso a los mercados. En cambio, los Miembros por lo general impugnan la MNA sobre la base de la norma explícita que supuestamente infringe. Existe, pues, una tensión entre el marco económico, en el que puede utilizarse el reequilibrio para otorgar flexibilidad de política, y el marco jurídico, que se apoya en la "clara infracción" de una disposición del GATT. Además, el principio de infracción agrava el problema relativo a la aplicación asimétrica de la norma relativa a los casos en que no hay infracción puesta en la sección E.1.

Teóricamente, un gobierno podría subsanar eficientemente una falla del mercado interno empleando una medida no arancelaria sin que se le acusara de infringir el acuerdo siempre que esa medida esté equilibrada con un ajuste arancelario de manera que no se modifiquen las concesiones globales a los interlocutores comerciales. Ahora bien, tal como han sido interpretadas, las normas del GATT excluyen esta forma de reajuste. Subsanar esta asimetría exigiría, como mínimo, reforzar las normas relativas a los casos en que no existe infracción para que abarcaran el acceso a los mercados, pero eso podría plantear otros problemas. Staiger y Sykes (2011) indican que una prescripción de mantener el equilibrio en el acceso a los mercados limitaría la sustitución de políticas, pero desalentaría la reglamentación económicamente deseable por temor a sanciones de los gobiernos extranjeros. Aunque podría limitarse ese incentivo calibrando la respuesta permitida, sería difícil lograr un equilibrio, en particular porque a menudo resulta difícil medir los efectos de la política de reglamentación.

Los Miembros de la OMC abordan cada vez más las MNA y la reglamentación nacional en la esfera de los servicios por medio de dos instrumentos: la armonización y el reconocimiento mutuo (que se analizan en la sección D y la sección E.1). Con la armonización se establecen los objetivos de política comunes y las medidas necesarias para lograrlos, mientras que el reconocimiento mutuo significa la aceptación recíproca de las medidas aplicadas en ambos países.

En las esferas de política abarcadas por uno u otro tipo de acuerdo, la armonización y el reconocimiento mutuo reducen los efectos discriminatorios de las medidas no arancelarias, pero cada uno tiene un efecto diferente en el comercio. En la sección B se sostiene que la teoría económica sobre los efectos relativos en el comercio de la armonización y el reconocimiento mutuo no indica una ventaja general de una norma o la otra en términos de corrientes comerciales. Si se examina la práctica real, el análisis empírico que figura en el apéndice 5 de la sección D indica que las disposiciones sobre reconocimiento mutuo parecen favorecer más el comercio que las disposiciones sobre armonización.

Más allá de los efectos en el comercio, la sección E.1 indica que los gobiernos pueden establecer reglamentos más laxos de lo que sería óptimo si una norma de reconocimiento mutuo asegura el acceso a los mercados extranjeros. Esto significa que, aunque se fomente el comercio, existen posibles consecuencias para el bienestar de los consumidores. Por último, en la sección E.1 también se indican las posibles compensaciones recíprocas que supone la armonización de medidas no arancelarias siempre que las necesidades de política difieren entre los países desarrollados y los países en desarrollo.

La asimetría en la aplicación de la norma relativa a los casos en que no hay infracción en el sistema del GATT/OMC, las concesiones mutuas que suponen la armonización y el reconocimiento mutuo y la ambigüedad de sus efectos en el comercio son indicio de las dificultades que persisten en el régimen multilateral de comercio para lograr el debido equilibrio entre los compromisos y la flexibilidad en materia de políticas. Más allá de las cuestiones analizadas *supra*, las complejidades de este problema están ligadas en parte a la opacidad de muchas medidas no arancelarias y la dificultad de discernir el propósito proteccionista y el legítimo de los gobiernos. Estos problemas se analizan más a fondo a continuación.

(c) La transparencia no es gratuita

La transparencia es una dimensión importante de la cooperación internacional en materia de medidas no arancelarias y medidas relativas a los servicios. En las partes anteriores del presente informe se ha demostrado que: (i) las MNA y las medidas relativas a los servicios plantean cuestiones de transparencia (véase la sección B); (ii) la opacidad impone costos a determinadas empresas pero puede beneficiar a otras (las empresas que compiten con las importaciones) y, según las circunstancias, los gobiernos con motivos políticos pueden preferir los instrumentos normativos opacos a los transparentes (véase la sección B); (iii) la información disponible sobre MNA y medidas relativas a los servicios es limitada y generalmente de baja calidad (véase la sección C.1); (iv) la cooperación internacional en materia de MNA y medidas relativas a los servicios resulta más difícil por su opacidad (véase la sección E.1); (v) una serie de disposiciones de transparencia en los Acuerdos de la OMC abordan los problemas de opacidad (véanse la sección C.1 y la sección E.2). En la presente subsección se examina si las disposiciones de transparencia existentes abordan todos los problemas planteados por la opacidad de las MNA y las medidas relativas a los servicios. Se identifican varios problemas aún por resolver y se indican posibles soluciones.

Como se explica en la sección E.1, la opacidad de las medidas no arancelarias y las medidas relativas a los servicios plantea cuatro problemas principales para la cooperación comercial internacional que las disposiciones en materia de transparencia pueden ayudar a subsanar. En primer lugar, la opacidad crea ineficiencias en la formulación de las normas debido a las incertidumbres normativas. En segundo lugar, la cooperación en materia de MNA o medidas relativas a los servicios puede resentirse porque la ejecución de los acuerdos exige que pueda observarse el cumplimiento por parte de cada gobierno. En tercer lugar, si las medidas son opacas, un acuerdo puede tener sólo una utilidad limitada para subsanar la falta de compromiso de los gobiernos. Por último, la transparencia puede inducir un proceso de mejora de la reglamentación o formar parte de él.

En el curso de los años se han formulado cuatro tipos principales de disposiciones en materia de transparencia para abordar los problemas mencionados (véase la sección C.1). Las prescripciones de publicación, enunciadas en el artículo X del GATT, el artículo III del AGCS y en otros Acuerdos de la OMC, son el tipo más antiguo de disposición. Las notificaciones son otro mecanismo básico de transparencia, cuya importancia ha aumentado considerablemente con los

años. El Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales de la OMC y los informes de vigilancia constituyen un tercer mecanismo. Por último, la posibilidad de plantear preocupaciones comerciales específicas en los Comités OTC y MSF (véase la sección C.1) y, en cierta medida, el mecanismo de solución de diferencias representan un cuarto mecanismo.⁴⁰ La cuestión es si esos cuatro mecanismos garantizan una transparencia suficiente para que la cooperación resulte posible.

La respuesta a esta pregunta es que las disposiciones de los Acuerdos de la OMC en materia de transparencia ayudan a subsanar los problemas planteados por la opacidad de las medidas no arancelarias y las medidas relativas a los servicios, pero no son suficientes. Un problema es que las notificaciones, uno de los pilares del sistema de transparencia de la OMC, no proporcionan la información que deberían. El cumplimiento por los Miembros de la OMC de determinadas prescripciones de notificación es bajo y la calidad de la información notificada no siempre es suficiente. Como ya se ha mencionado, esto parece obedecer en parte a que la notificación puede resultar difícil y costosa.

En el curso de los años se han adoptado diversas medidas para facilitar y mejorar la calidad de las notificaciones. El Comité MSF, por ejemplo, ha decidido que sería útil que se le informara cuando se adopten o entren en vigor los reglamentos notificados, y ha recomendado el uso de addenda a esos efectos. También ha estado ensayando un mecanismo de notificaciones electrónicas para facilitar y mejorar la calidad de las notificaciones, que representan no menos del 10-20 por ciento de las actividades de asistencia técnica. No obstante, queda mucho por hacer y es muy probable que sea difícil mejorar el cumplimiento sin tener en cuenta la economía política de la transparencia y las notificaciones.

En contra de lo que se suele afirmar, no todo el mundo se beneficia de la transparencia. Con el aumento de la transparencia unos ganan y otros pierden. Como se ha argumentado en el presente informe, los gobiernos pueden tener motivos para preferir medidas opacas y algunas empresas pueden beneficiarse de los costos de entrada más elevados asociados a la opacidad. Esto significa que, aunque cada gobierno esté interesado en las medidas de sus interlocutores, puede ser reacio a divulgar información sobre las suyas. Es evidente que existe la tentación de obtener ventajas del sistema sin contrapartida y, si consideran los antecedentes, es posible que los gobiernos no teman demasiado las sanciones por no cumplir sus obligaciones de notificación, aparte de ser objeto de algunas acusaciones.

En cuanto a la posibilidad de utilizar "notificaciones inversas", podría ser útil, pero no se ha utilizado muy activamente después de la Ronda Uruguay.⁴¹ El grado de utilidad depende de varios factores. En primer lugar, no está claro que a un Miembro de la OMC le resulte fácil identificar las medidas internas de otro Miembro. En segundo lugar, los Miembros pueden ser reacios a denunciar a los interlocutores comerciales por temor a la retorsión. En tercer lugar, otros mecanismos pueden haber sustituido a las notificaciones inversas.⁴²

Si las notificaciones no dan suficiente información, ¿qué ocurre con el Mecanismo de Examen de las Políticas

Comerciales y los informes de vigilancia mencionados anteriormente? Estos dos mecanismos de transparencia recurren a información de muchas fuentes y por tanto dependen menos de la buena disposición de los gobiernos que imponen las medidas. Es evidente que los exámenes de las políticas comerciales representan un importante mecanismo de transparencia, pero hay problemas de frecuencia⁴³ y de exhaustividad, en particular en el sector de los servicios.

En cuanto a los informes de vigilancia, en la Octava Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en diciembre de 2011, los Ministros encomendaron que se prosiguiera y fortaleciera el mecanismo de vigilancia.⁴⁴ También se comprometieron a cumplir las obligaciones de transparencia y las prescripciones de presentación de informes existentes necesarias para la elaboración de esos informes de vigilancia, y a seguir apoyando a la Secretaría de la OMC y colaborando con ella de manera constructiva. Las preguntas que quedan por responder guardan relación con la cantidad, la calidad y la accesibilidad de la información recopilada para los informes de vigilancia. A estas alturas, no está clara la amplitud de su cobertura, cuánto podría ampliarse y si se puede codificar sistemáticamente y almacenarse en una base de datos, y en qué momento.⁴⁵

Otro mecanismo que complementa provechosamente las notificaciones y los informes de vigilancia es el examen de "preocupaciones comerciales específicas" en los Comités MSF y OTC.⁴⁶ Esas deliberaciones brindan la oportunidad de realizar un examen multilateral que mejora la transparencia y la previsibilidad de las medidas de reglamentación abarcadas por el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF. Como las cuestiones debatidas se refieren a medidas específicas mantenidas por otros Miembros de la OMC, no hay problema de incentivo. Otra ventaja de este mecanismo es que abarca preocupaciones relativas no sólo a las propias medidas sino también a su aplicación.

Existen dos limitaciones principales de la función que puede desempeñar el examen de las preocupaciones comerciales específicas. Ante todo, sólo están abarcadas las medidas MSF y OTC. En segundo lugar, no está claro que, incluso en las esferas abarcadas, se planteen todas las medidas que violan compromisos. Para que pueda plantearse una preocupación, antes tiene que ser señalada por algún exportador. Luego tiene que comunicarse al gobierno. Por último, el gobierno tiene que plantearla en la OMC. Esto significa que aunque se determine la existencia de una preocupación y se comunique al gobierno, es posible que no se plantee si, por ejemplo, el gobierno teme represalias.

El desafío, a estas alturas, consiste pues en mejorar la cantidad, calidad y accesibilidad de la información recopilada mediante mecanismos de transparencia activos y pasivos tanto sobre las medidas como sobre los problemas relacionados con las medidas. En lo que concierne a la accesibilidad, la situación mejorará considerablemente cuando toda la información notificada a la Secretaría de la OMC o por ella recopilada se ponga a disposición del público a través del Portal Integrado de Información Comercial (I-TIP), recientemente creado.⁴⁷

Sin embargo, mejorar la cantidad y la calidad de la información es más difícil. La prosecución de la labor en los comités y de las actividades de asistencia técnica seguirán

sin duda ayudando a mejorar la contribución del mecanismo de notificación a la transparencia, pero, dado el problema del incentivo, puede que eso no sea suficiente. Una opción, que se ha mencionado *supra*, es dotar a la Secretaría de la OMC de los recursos necesarios para llevar a cabo una labor independiente de vigilancia de los gobiernos y los mercados. Sin una mejora considerable del cumplimiento y la calidad de las notificaciones, sería una opción muy costosa, que tendría importantes consecuencias presupuestarias para la OMC. La movilización de recursos adicionales de forma sostenible podría suscitar cuestiones de incentivos.

Otra opción, que ha ayudado a mejorar la transparencia de los aranceles, consiste en facilitar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia por los Miembros de la OMC permitiendo a la Secretaría de la Organización utilizar otras fuentes oficiales pertinentes si no se expresan objeciones, y si esas fuentes están disponibles.⁴⁸ Esta opción, sin embargo, desplazará el problema del incentivo a otros organismos de recopilación de información. Por último, una tercera opción es que los Miembros entablen negociaciones bilaterales y/o plurilaterales sobre obligaciones de transparencia más ejecutables de forma análoga a las negociaciones que han tenido lugar en el curso de los años para reformar normas existentes o introducir normas nuevas.

El recurso a fuentes externas para subsanar lagunas de información puede variar según la opción que se adopte para abordar el problema del incentivo y garantizar que los mecanismos de la OMC generen un nivel suficiente de transparencia. No obstante, parece claro que, al menos a corto plazo, el sistema seguirá viéndose favorecido por las actividades de recopilación de otros organismos. Como se ha señalado, la Secretaría de la OMC y otros organismos han reformado la clasificación internacional existente para facilitar la integración de todas las fuentes disponibles de información sobre MNA. Desde esta perspectiva, la iniciativa interinstitucional Transparencia en el Comercio (TNT) (véase la sección C) tendría un papel importante que desempeñar para fomentar la recopilación y difusión de datos sobre medidas no arancelarias y medidas relativas a los servicios.

Los interlocutores podrían aprovechar la iniciativa TNT para establecer un mecanismo de gobernanza sostenible para la transparencia de las medidas no arancelarias. Ese mecanismo de gobernanza tendría que tener en cuenta el papel central que debe desempeñar la OMC en esta esfera. Se apoyaría principalmente en instituciones multilaterales y regionales. Las secretarías regionales y los bancos regionales, como la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) o el Banco Africano de Desarrollo ya han realizado cuantiosas contribuciones a las actividades de recopilación de datos, y el Banco Interamericano de Desarrollo ha expresado interés en la recopilación de datos y la labor de análisis en el hemisferio occidental. Sea cual fuere el modelo adoptado, exigirá una creación de capacidad y una asistencia considerables habida cuenta de las facetas técnicas de las cuestiones. Ahora bien, si se tienen debidamente en cuenta los incentivos, no existe ninguna razón fundamental para que, a largo plazo, no se pueda recopilar y difundir información sobre MNA y medidas relativas a los servicios del mismo modo que la información igualmente sensible sobre otras dimensiones de las políticas comerciales.

(d) La importancia del fundamento político

Como se expone en la sección E.3, los Acuerdos de la OMC tratan de someter a disciplinas las medidas que tienen efectos de distorsión del comercio, reconociendo al mismo tiempo el derecho de los Miembros de la OMC de adoptar medidas destinadas a lograr objetivos de política pública legítimos (relativos a asuntos como la protección del medio ambiente, la salud y la seguridad de los consumidores). Trazar la línea entre las medidas que deberían permitirse y las que deberían prohibirse es a menudo difícil tanto en el caso de las medidas no arancelarias como en el de la reglamentación nacional en la esfera de los servicios.

El enfoque básico del GATT consiste en permitir medidas de reglamentación interior siempre que no discriminen contra los productos importados (obligación de trato nacional). Una de las dificultades que se han planteado en relación con la obligación de trato nacional se refiere a la importancia y el peso que han de otorgarse al fundamento o propósito de la medida. Para varios comentaristas, el hecho de que la medida de reglamentación tenga o no un fundamento o propósito proteccionista debe ser el criterio decisivo para una determinación de discriminación (Regan, 2003; Hudec, 1993).

La consideración del fundamento de las medidas es un enfoque arraigado con menos firmeza en la jurisprudencia del Órgano de Apelación, que ha dejado claro que el "objetivo general y fundamental del artículo III es evitar el proteccionismo en la aplicación de los impuestos y medidas reglamentarias interiores" (informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, páginas 19-20).

La primera oración del párrafo 2 del artículo III se refiere a las medidas fiscales que discriminan entre productos "similares". Al parecer, habría poco margen para considerar el fundamento de las medidas con arreglo a la interpretación de esta disposición hecha por el Órgano de Apelación, según la cual la disposición se infringe cada vez que los impuestos aplicados a los productos importados sean superiores a los aplicados a los productos nacionales similares (informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Publicaciones*, página 24). La segunda oración del párrafo 2 del artículo III concierne a la discriminación fiscal entre productos directamente competidores o que pueden sustituirse directamente entre sí (una categoría más amplia que los "productos similares" de la primera oración).

Como consecuencia de la referencia cruzada al párrafo 1 del artículo III, se ha interpretado que la segunda oración del párrafo 2 del artículo III exige a la parte reclamante que demuestre que los productos importados y nacionales directamente competidores o que pueden sustituirse directamente entre sí no están sujetos a impuestos similares "de manera que se proteja la producción nacional". El Órgano de Apelación aclaró que el requisito "de manera que se proteja la producción nacional" "no es una cuestión de intenciones", sino de "la forma en que se aplica la medida de que se trata" (informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, páginas 32-33). Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación dijo en ese mismo asunto que "(s)i bien es cierto que el objeto de una medida quizá no puede evaluarse fácilmente, sin embargo su aplicación con fines de protección puede, la mayoría de las veces, discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de

la medida" (informe del Órgano de Apelación, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, página 34). Algunos han interpretado que esta referencia al "diseño, la arquitectura y la estructura reveladora" de la medida incluye necesariamente consideraciones relativas al fundamento de la misma.

El párrafo 4 del artículo III se refiere a las medidas de reglamentación interiores. No incluye una referencia cruzada al párrafo 1 del artículo III y, por lo tanto, el Órgano de Apelación ha dicho que "la determinación con respecto a si ha habido o no una infracción del párrafo 4 del artículo III no exige que se considere separadamente si una medida 'protege' la producción nacional" (informe del Órgano de Apelación, *CE – Banano III*, párrafo 216). El párrafo 4 del artículo III obliga a los Miembros de la OMC a otorgar a los productos importados un trato "no menos favorable" que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a todas las reglamentaciones nacionales. A su vez, se ha interpretado que un "trato no menos favorable" significa que "una medida modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados de que se trate" (informe del Órgano de Apelación, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137).

En un asunto posterior, *CE – Amianto*, el Órgano de Apelación formuló dos declaraciones que se pueden interpretar en dos sentidos distintos acerca de la pertinencia del fundamento de la medida de conformidad con el párrafo 4 del artículo III. Por una parte, el Órgano de Apelación dijo que si existe un trato menos favorable del grupo de productos importados similares, "se protege", inversamente, al grupo de productos similares de origen nacional. Esto sugiere que, una vez que un reclamante ha demostrado que se han modificado las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados (es decir, un "trato menos favorable"), no hay necesidad de demostrar por separado la intención proteccionista. Por otra parte, el Órgano de Apelación añadió que "un Miembro puede trazar distinciones entre productos que se haya constatado que son 'similares', sin que por ese solo hecho conceda al grupo de los productos importados 'similares' un 'trato menos favorable'" (informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 100). Algunos han entendido que esta declaración permite hacer distinciones entre productos importados y nacionales que no están motivados por fines proteccionistas.

Otro instrumento que se ha utilizado en la solución de diferencias de la OMC para ayudar a distinguir las medidas no arancelarias admisibles de las no admisibles es un criterio de confrontación. Este criterio se ha utilizado en el contexto de la evaluación de la afirmación de un Miembro demandado de que su medida está justificada al amparo de las excepciones generales del artículo XX del GATT y en particular que la medida es "necesaria" para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales con arreglo al apartado (b).

Tal como ha explicado el Órgano de Apelación, la determinación de la "necesidad" entraña un proceso consistente en sopesar y confrontar que comienza con una evaluación de la importancia relativa de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada e implica también una evaluación de otros factores, entre los cuales caben habitualmente la contribución de la medida al logro de los fines que persigue y la repercusión restrictiva de la

medida en el comercio internacional. Si en este análisis se llega a una conclusión preliminar de que la medida es necesaria, hay que confirmar este resultado comparando la medida con las posibles alternativas a ella que puedan tener efectos menos restrictivos. La carga de identificar alternativas menos restrictivas recae en la parte reclamante. Además, para que pueda considerarse alternativa, la medida debe permitir al Miembro demandado lograr el mismo nivel de protección y debe estar razonablemente al alcance (informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafos 143 y 156).

La pertinencia del fin de una medida para evaluar la discriminación y del criterio de confrontar para evaluar la "necesidad" se han tratado en tres diferencias recientes planteadas en el marco del Acuerdo OTC. Como se indica en la sección E.3, en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, el Órgano de Apelación interpretó el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en el sentido de que no prohíbe el efecto perjudicial a las importaciones que derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima (informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 180-182).

En la teoría económica examinada en la sección B se han examinado varios métodos que pueden ayudar a identificar situaciones en las que puede ser más probable que los gobiernos empleen medidas no arancelarias por razones de competitividad más que por el propósito declarado de política pública.⁴⁹ Entre ellos figuran un análisis de la eficiencia e incidencia de la medida de que se trate, y el contexto sectorial y político más amplio que puede también informar la elección de una medida concreta.

En la sección B.1 se constató que, si se da por supuesto un objetivo concreto de política pública, se puede establecer una clasificación de diferentes medidas en función de su eficiencia económica. Los gobiernos que no utilizan la medida más eficiente⁵⁰ pueden estar sometidos a presiones institucionales y políticas que alientan la adopción de medidas por razones de competitividad. Por ejemplo, para dar seguridad a los consumidores sobre la presencia o ausencia de determinadas características de un producto, podría emplearse una prohibición o un sistema de etiquetado. Siempre que sus características no sean particularmente perjudiciales, este último es superior desde el punto de vista económico, ya que no limita artificialmente la elección de los consumidores. En la práctica, es posible que no siempre sea fácil determinar el instrumento más eficiente. Depende mucho de la preocupación de política pública concreta y de las condiciones del mercado y, por ello, resulta difícil establecer una clasificación general de medidas alternativas. Aunque las restricciones cuantitativas raras veces constituyen una política óptima, una prohibición de la importación puede resultar óptima si los costos de adquirir la información pertinente o los riesgos relacionados con el consumo del producto son extraordinariamente elevados.

La incidencia relativa de una medida de política pública en los consumidores y los productores en el país y en el extranjero también puede ser reveladora respecto de posibles razones basadas en la competitividad. Por ejemplo, en la sección B.2 se ha mencionado que el desplazamiento de los beneficios en una situación de deslocalización y negociación bilateral puede llevar a un gobierno a cambiar los impuestos ambientales, alejándolos de sus niveles

eficientes con objeto de maximizar el bienestar nacional, repartiéndose la carga entre los consumidores nacionales y los productores extranjeros. En la práctica, puede resultar difícil medir la incidencia de una política y en su lugar puede ser instructivo reunir pruebas sobre la demanda de una política pública con objeto de calcular la influencia relativa de los productores nacionales y situar en su debida perspectiva sus efectos en el comercio.⁵¹

Determinados rasgos del sector en cuestión, aunque no determinen mecánicamente la prevalencia de objetivos de competitividad, pueden dar un indicio de las circunstancias en que resultará más probable una política orientada a la competitividad que beneficie al sector. La literatura sobre la "protección a la venta" examinada en la sección B.1⁵² han indicado que cuanto más presión ejerza y más organizado esté un sector, más probabilidades hay de obtener medidas proteccionistas. Otras características pertinentes del sector tienen que ver con el nivel de competencia y el comportamiento de los consumidores, expresados por ejemplo en el grado de penetración de las importaciones y el nivel de sensibilidad de la demanda a las variaciones de los precios, en el que los niveles más bajos están asociados a niveles más altos de protección.⁵³

La nueva literatura sobre comercio, que pone de relieve las diferencias en las características de las empresas (teoría de las empresas heterogéneas), aportan más percepciones de los indicadores pertinentes.⁵⁴ Por ejemplo, en la sección B.2 se señaló que, incluso en sectores con una alta penetración de las importaciones (y, por lo tanto, una productividad más alta de las empresas extranjeras por término medio), puede existir no obstante un incentivo para aumentar la protección dependiendo de la distribución de los niveles de productividad entre las empresas nacionales. Las características de las empresas también pueden ayudar a determinar si la aplicación de medidas no arancelarias que impliquen aumentos de los costos fijos de entrada en el mercado podría estar relacionada con el predominio de grandes empresas organizadas en el sector antes que con un objetivo de política pública concreto.

Por último, en la sección B.2, se observó que un examen más minucioso del contexto político puede aportar ideas sobre los motivos por los que pueden utilizarse determinadas medidas no arancelarias en beneficio de grupos de interés de productores pese a su objetivo declarado de política pública. Por ejemplo, algunas MNA se prestan mejor a orientarse a seguidores políticos o tienen más probabilidades de persistir después de períodos electorales y, por lo tanto, de dar lugar a niveles más altos de apoyo político. En resumen, aunque los "indicadores" mencionados en la sección B no son desde luego exhaustivos ni pueden aportar una respuesta concluyente a la cuestión del verdadero fundamento de política de una MNA que afecte a intereses comerciales extranjeros, parece no obstante que este tipo de análisis podría utilizarse para colmar las lagunas de información que pueden aparecer cuando se examinan determinadas normas comerciales.

(e) Retos de la ampliación de la cooperación

Mientras que los desafíos analizados *supra* exigen negociaciones, la cooperación internacional en materia de

medidas no arancelarias está resultando difícil por una serie de razones. Aquí se examinan esferas de preocupación concretas.

(i) Coherencia internacional

Como se menciona en la sección E.2, tanto el Acuerdo OTC como el Acuerdo MSF otorgan considerable prominencia a que los gobiernos observen normas internacionales. Además, de conformidad con el apartado (b) del párrafo 5 del artículo VI del AGCS, hasta la entrada en vigor de las disciplinas sobre reglamentación nacional, al determinar si las prescripciones son compatibles con los principios de necesidad, transparencia y objetividad, se tendrán en cuenta las normas internacionales de las organizaciones internacionales competentes que apliquen los Miembros. Estas disposiciones constituyen una característica única en la OMC: el reconocimiento de otras organizaciones internacionales. Sin embargo, las normas internacionales no son una panacea.

En primer lugar, existen diferencias entre los países en cuanto a las preferencias en materia de riesgos (valores) y los gustos. En la medida en que no existan efectos transfronterizos en esferas como las normas locales de protección del medio ambiente, asuntos laborales o calidad mínima de los productos, es posible que la armonización con normas internacionales no sea un objetivo realista o económicamente óptimo (Organización Mundial del Comercio (OMC), 2005; Organización Mundial del Comercio (OMC), 2011). Si un país opta por observar una norma internacional que no logra completamente sus objetivos de política ni refleja totalmente sus preferencias nacionales, ese país puede soportar costos debido a la reglamentación inadecuada, o verse obligado a realizar otras intervenciones normativas a un costo adicional para cumplir sus objetivos.

En segundo lugar, es posible que el proceso de normalización internacional no funcione siempre de forma ideal, con el resultado de que no todas las normas se establecen igualmente. De hecho, en los debates celebrados en el marco de la labor ordinaria de la OMC se han planteado preocupaciones sobre la forma en que se elaboran realmente las normas tildadas (por los organismos que las elaboran o por ciertos Miembros que las utilizan) de "pertinentes" o "internacionales". Esas preocupaciones se refieren a cuestiones como la oportunidad de participar e influir en el proceso de elaboración de normas o las discrepancias sobre el contenido científico o técnico de las prescripciones estipuladas en la propia norma. Debido a la falta de capacidad de reglamentación, los países en desarrollo y menos adelantados pueden tener especiales problemas para influir en el proceso de elaboración de normas.⁵⁵

En la esfera de las medidas sanitarias y fitosanitarias, como el Acuerdo reconoce explícitamente las instituciones internacionales de normalización, no se plantean cuestiones acerca de si son pertinentes o internacionales. Las normas sanitarias y fitosanitarias internacionales se elaboran a través de un proceso multilateral, en el que cada una de las tres instituciones de normalización adopta un enfoque diferente al respecto (véase más información sobre los diferentes enfoques en G/SPS/GEN/1115). No obstante, se han planteado preocupaciones similares sobre la participación y la influencia en relación con las actividades de normalización del Codex, la OIE y la CIPF. Por ejemplo,

teniendo en cuenta la información y los datos necesarios para el análisis científico de los riesgos, los países que cuentan con mayor capacidad para generar datos pueden estar en mejores condiciones de influir en los resultados de las instituciones internacionales de normalización (Jackson y Jansen, 2010).

Así pues, existe una "línea de tensión" entre, por una parte, la obligación legal (aunque con salvedades) de utilizar normas internacionales y, por otra, el hecho de que utilizar efectivamente una norma internacional "pertinente" no siempre es sencillo. La labor ordinaria de los Comités OTC y MSF y determinados aspectos de las negociaciones en curso en la Ronda de Doha se ven afectados por esta tensión.

Existe otra "tensión" potencial entre los principios y mecanismos de los Acuerdos MSF y OTC que favorecen la cooperación internacional y la convergencia normativa de las normas (incluso a través de la presunción de compatibilidad de las medidas nacionales que son conformes a las normas internacionales "pertinentes"), por un lado, y, por el otro, el derecho fundamental de los Miembros de la OMC, también reconocido en el GATT y en los Acuerdos MSF y OTC, de no utilizar normas internacionales – por considerarlas ineficaces o inapropiadas (por ejemplo, porque se desean normas más estrictas) – y de adoptar y aplicar sus propias normas nacionales. Es probable que la participación en la negociación de normas internacionales sea más eficaz cuando los participantes crean que las normas resultantes serán de hecho utilizadas por otros participantes. Si la soberanía de los Miembros puede justificar el derecho de apartarse de las normas internacionales existentes, la no aplicación legítima por algunos Miembros de las normas internacionales puede reducir el incentivo para la cooperación y la negociación internacionales de esas normas.

En la esfera de los servicios, si bien es cierto que existe un fuerte incentivo para establecer una presunción análoga a favor de normas internacionales, hay otros obstáculos importantes. Para empezar, las normas internacionales prevalecen menos en los servicios que en las mercancías. Hace unos 10 años, los observadores opinaban que "es poco probable que se elaboren normas internacionales válidas para la mayoría de los servicios en un futuro previsible" (Mattoo y Sauvé, 2003).  Ha cambiado algo desde entonces? Un factor es que puede que la deslocalización haya incentivado más al sector privado para elaborar normas comunes. Otro factor ha sido la creciente conciencia de la relación entre mercancías y servicios en las cadenas mundiales de valor. Dado que los servicios est n fuertemente incorporados en las mercancías,  podr a la omnipresencia de las normas internacionales sobre productos crear un incentivo para que los proveedores de servicios apoyen las normas internacionales? Se trata de cuestiones que una investigación más profunda podría aclarar.

Aparte del problema que plantea la elaboración de normas internacionales sobre servicios, existen también cuestiones relativas a la aplicabilidad de normas técnicas a los servicios, y la medida en que una disciplina comercial podría abarcar normas voluntarias, que pueden ser dictadas por instituciones de normalización no gubernamentales carentes de autoridad delegada.

La deferencia jurídica de la OMC con respecto a las normas internacionales promueve una forma de convergencia

multilateral. Esta convergencia permite a las partes en la OMC remitirse a normas elaboradas por otras organizaciones internacionales, aunque las prescripciones en las que se basan supongan una restricción del comercio, lo que mejora la coherencia internacional. No obstante, siguen existiendo los problemas reseñados *supra*, concretamente al decidir si una organización internacional concreta elabora normas internacionales "pertinentes".

(ii) Normas privadas

El tema de las "normas privadas" se plantea en toda la labor ordinaria de la OMC en contextos tan diversos como el proteccionismo verde, la inocuidad de los alimentos y la responsabilidad social. Aunque algunos Miembros de la OMC consideran que este debate no tiene cabida en la OMC, otros tienen mucho interés en entablarlo. Las obligaciones enunciadas en los Acuerdos de la OMC obligan a los gobiernos, y únicamente los gobiernos pueden plantear demandas al amparo del sistema de solución de diferencias de la OMC. Si se considera que las normas privadas son no gubernamentales por definición, esto suscita al menos dos preguntas:  qu  responsabilidad tienen los gobiernos con respecto a las normas privadas? y  qu  papel desempeña – o debería desempeñar – la OMC a ese respecto?

Antes de examinar el marco jurídico y el papel de la OMC, es útil recordar por qué este tema ha sido objeto de debate en la Organización. Aunque se les asigne una naturaleza "voluntaria" (porque las imponen entidades privadas), las normas privadas pueden resultar *de facto* una condición necesaria para el acceso a los mercados aunque no las imponga la ley. La magnitud del efecto en el comercio dependerá del poder de mercado de las empresas que exijan la adhesión a la norma, as  como del número de esas empresas. De hecho, el efecto de una norma privada concreta, si está generalizada, podría ser mayor que el de una reglamentación gubernamental de un país más pequeño.

Además, una norma "voluntaria" que se utilice ampliamente puede ser precursora de la reglamentación gubernamental. Intervienen distintas entidades. Puede tratarse de empresas, de organismos no gubernamentales de normalización, de sistemas de certificación y/o de etiquetado,⁵⁶ así como de otras organizaciones no gubernamentales. Las prescripciones establecidas en las normas elaboradas por estos organismos atienden a una serie de preocupaciones percibidas o reales de los consumidores relacionadas con los productos (o los métodos de proceso y producción utilizados), que pueden obedecer a motivos ambientales, sociales o de inocuidad de los alimentos. Las preocupaciones planteadas en la OMC – principalmente por países en desarrollo – son que las prescripciones son *de facto* más estrictas que los reglamentos impuestos por los gobiernos, que est n proliferando y que no existe un recurso para someterlas a disciplinas.

El texto de los Acuerdos MSF y OTC contiene disciplinas que son pertinentes a las instituciones no gubernamentales.⁵⁷ En particular, ambos acuerdos imponen a los gobiernos la obligación de tomar "las medidas razonables que est n a su alcance" para lograr que las instituciones/entidades no gubernamentales existentes en su territorio cumplan las disposiciones pertinentes de los Acuerdos.

El Acuerdo MSF dispone que los Miembros de la OMC "elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos que

favorezcan la observancia de las disposiciones del [Acuerdo MSF] por las instituciones que no sean del gobierno central" – y que tomarán "las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, ... cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo".⁵⁸ El Acuerdo OTC tiene una redacción similar.⁵⁹ No obstante, en el caso del Acuerdo OTC existe una diferencia. Contiene un anexo (el Anexo 3) dirigido específicamente a las instituciones con actividades de normalización. Este Anexo (el "Código de Buena Conducta") está abierto también a la aceptación de las instituciones no gubernamentales. Este aspecto es importante. Como se menciona en otra parte del presente informe, el texto del Acuerdo OTC – a diferencia del Acuerdo MSF – no se refiere explícitamente a ninguna institución internacional de normalización. Por lo tanto, depende de los gobiernos decidir, según cada caso, las normas que puedan constituir una base pertinente para la reglamentación en diferentes situaciones, lo que no excluye las normas establecidas por entidades no gubernamentales.

Así pues, una cuestión fundamental es el nivel de responsabilidad que tienen los gobiernos con respecto a lo que las instituciones no gubernamentales (de normalización) hacen en su territorio. Podría argumentarse que la cláusula de máximo empeño atribuye a los gobiernos un cierto grado de responsabilidad. Pero el alcance no es evidente: en el caso de algunos Miembros de la OMC, las normas privadas se consideran fuera del ámbito de las disciplinas de la OMC – y, en efecto, los Miembros de la Organización siguen divididos acerca de si las normas privadas están comprendidas jurídicamente en el ámbito del Acuerdo OTC y/o el Acuerdo MSF.

Dejando a un lado las cuestiones jurídicas, y admitiendo que en los comités pertinentes de la OMC se están expresando preocupaciones sobre el efecto de las normas privadas, ¿qué papel tendría que desempeñar la OMC – en el caso de que, realmente, debiera tener algún papel? – Cabe señalar que los tipos de cuestiones que se plantean en los debates sobre normas privadas no son ninguna novedad: giran en torno a asuntos como la elaboración inadecuada, el fundamento de una medida, la transparencia, la necesidad de referencias comunes (armonización), y la aceptación de que hacer las cosas de manera diferente no supone necesariamente la no conformidad (equivalencia). Pocas de estas cuestiones, por no decir ninguna, son fundamentalmente diferentes de las que se plantean en el contexto de las medidas MSF/OTC (reglamentos técnicos o procedimientos de evaluación de la conformidad).

En la esfera sanitaria y fitosanitaria, las delegaciones trabajan actualmente en el modo de mejorar el intercambio de información y de lograr una mayor comprensión y sensibilización de la forma en que las normas privadas se comparan o guardan relación con las normas elaboradas por las instituciones internacionales de normalización reconocidas (como las del Codex) y los reglamentos gubernamentales. La situación en la esfera de los OTC es algo diferente. El Acuerdo OTC no se refiere explícitamente a ninguna institución internacional de normalización reconocida. De hecho, los gobiernos basan frecuentemente la reglamentación en normas que han sido elaboradas por instituciones no gubernamentales, algunas de ellas con proyección internacional.⁶⁰ Los Miembros de la OMC han elaborado un conjunto perfeccionado de normas y procedimientos que ayudan a los organismos de

reglamentación y a los funcionarios encargados del comercio a aumentar la transparencia de las medidas MSF/OTC y asegurarse de que no afecten innecesariamente al comercio. Esas mismas normas, junto con la experiencia adquirida, pueden constituir también una buena orientación para la elaboración de normas privadas.

(iii) Disciplinas relativas a la reglamentación nacional en la esfera de los servicios

La cuestión de cómo fortalecer de la mejor manera posible las disciplinas comerciales aplicables a los servicios sin restringir indebidamente las libertades nacionales en materia de reglamentación es un tema central que la comunidad multilateral no ha logrado resolver. El marco del AGCS se ha centrado principalmente en la negociación de compromisos de apertura de los mercados, dejando prácticamente intactos otros aspectos de la reglamentación y la práctica nacionales. No obstante, desde el establecimiento de la OMC en 1995, los Miembros de la Organización han lidiado con la cuestión de las disciplinas adicionales que son necesarias en relación con las licencias, los títulos de aptitud y las normas técnicas para lograr que no sean más gravosas de lo necesario para alcanzar objetivos de política legítimos. La omnipresencia de reglamentaciones en la esfera de los servicios ha hecho que sea esencial lograr que los compromisos sobre acceso a los mercados y trato nacional no resulten menoscabados por prácticas excesivamente gravosas o proteccionistas.

Siendo un complemento obvio del acceso a los mercados, ¿por qué le ha resultado tan difícil a la comunidad comercial multilateral concluir este conjunto de disciplinas? Una de las razones ha sido el debate sobre si esas disciplinas deben ser "sectoriales", y afectar únicamente a un sector concreto, u "horizontales", en el sentido de ser aplicables a todos los sectores de servicios. Los progresos realizados en 1998 con la concertación de las Disciplinas relativas a la Contabilidad han llevado a algunos Miembros de la OMC a concluir que las negociaciones "sectoriales" podrían ser una vía más práctica a seguir, ya que las disciplinas podrían modelarse en función de las características específicas del sector de que se trate. Otros han sostenido que un enfoque "horizontal" sería más eficiente, ya que el fundamento de la reglamentación y las razones para la transparencia, la objetividad y la imparcialidad en el proceso normativo son las mismas en todos los sectores de servicios.

Un examen más a fondo de esta cuestión indicaría que las deliberaciones sobre la forma y el alcance de las disciplinas ocultan una tensión más fundamental, a saber, la preocupación principal de que unas reglas comunes a nivel multilateral reduzcan la libertad de reglamentar para perseguir objetivos no comerciales en el sector de los servicios. Esto lleva a hacerse la siguiente pregunta: si los gobiernos han podido acordar disciplinas en materia OTC y MSF para asegurar que los reglamentos técnicos, las normas y los procedimientos relativos a las mercancías no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional, ¿por qué ha resultado mucho más difícil en la esfera de los servicios?

Una razón, aunque no es la única, puede haber sido la dificultad de diseñar una "prueba de necesidad" que dé cabida a la profundidad y variedad de reglamentación cautelar que los Miembros de la OMC al parecer desean mantener para los servicios. Las Disciplinas relativas a la Contabilidad, que no han entrado en vigor aún, contienen una

"prueba de necesidad", similar a la que figura en los Acuerdos OTC y MSF, que exige a los Miembros que se aseguren de que las medidas "no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo", facilitándose una lista ilustrativa de los objetivos. Esa prueba se concibió para dejar la opción de los objetivos a los Miembros, centrándose la disciplina en la necesidad de la medida utilizada para lograr su propósito declarado. Ahora bien, cabe tener presente que, a diferencia del caso de las medidas OTC y MSF, en los servicios no existe un "producto" que pueda ser sometido a muestreo, prueba e inspección sobre la base de métodos científicos. Así pues, llegar a un acuerdo sobre los criterios que serían apropiados para determinar y evaluar la necesidad podría ser inherentemente más difícil.

¿Podría utilizarse una "prueba de necesidad" de esa índole, o una variante de la misma, como la relativa a "restricciones encubiertas al comercio", en disciplinas sobre reglamentación nacional "horizontales"? En las negociaciones, no se ha logrado hasta ahora una armonía de criterios sobre esta cuestión. No obstante, un principio que se repite en los acuerdos comerciales es la prescripción de que la medida utilizada para lograr un objetivo legítimo determinado sea "la menos restrictiva del comercio que esté razonablemente disponible". Si existiera esa prueba, los gobiernos tendrían que evaluar, al adoptar reglamentos, si podrían utilizar una medida alternativa que pudiera igualmente alcanzar el objetivo de política elegido, pero que fuera menos restrictiva del comercio.

Persiste la incertidumbre entre algunos organismos de reglamentación acerca de si su autonomía para reglamentar resultaría restringida excesivamente por una prueba de necesidad. Por una parte, los proponentes del principio de necesidad han aducido que podría diseñarse una prueba que no pusiera en tela de juicio la necesidad de los objetivos de política elegidos, sino exclusivamente la necesidad de la medida utilizada. En los debates se han planteado muchas interrogantes, que guardan relación, por ejemplo, con los factores que han de considerarse al determinar lo que es "necesario" y lo que no lo es y si la aplicación de la prueba de necesidad debería también exigir el examen de si el objetivo de política es legítimo o no.

Por supuesto, el problema de disciplinar los efectos no deseados de la reglamentación no puede reducirse únicamente a la cuestión de la prueba de "necesidad". A pesar de más de diez años de negociaciones, queda mucho por hacer para mejorar la cooperación y la sensibilización entre los organismos de reglamentación, los responsables de formular políticas y los negociadores comerciales acerca de los vínculos entre las cuestiones de reglamentación y los principios comerciales. Existen también problemas de capacidad que han planteado dificultades a los negociadores para abordar cuestiones que no pertenecen al ámbito tradicional de la política comercial. Es posible que la creación de capacidad de reglamentación, en términos de la capacidad de las autoridades para formular y hacer cumplir normas apropiadas para la apertura del comercio de servicios, no sea un nuevo desafío, pero desde luego constituye un reto que la comunidad comercial multilateral tiene que abordar aún de forma sistemática y práctica.

Más allá de negociar nuevas disciplinas, sigue existiendo el problema de promover la armonización y el reconocimiento. Existe un vínculo obvio entre las normas multilaterales sobre

reglamentación nacional y los esfuerzos por armonizar y reconocer normas, títulos de aptitud, requisitos y procedimientos. La necesidad de disciplinas para restringir una reglamentación nacional excesivamente gravosa disminuiría evidentemente si las jurisdicciones evolucionaran hacia prácticas reglamentarias comunes o desarrollaran más mecanismos de reconocimiento. Estas consideraciones ponen en duda si se podrían utilizar normas internacionales en mayor medida en los servicios. Las normas internacionales comunes tendrían que establecerse a un nivel y de una manera que no favoreciera a los que tienen la mayor capacidad de influir en el proceso y los resultados. En su mayor parte, esta labor tendría que llevarse a cabo fuera de la OMC, que no es un foro para establecer normas.

(iv) Principios favorables a la competencia para la reglamentación de los servicios

Una característica exclusiva del AGCS es su promoción de la competencia tanto dentro como fuera de las fronteras. En cierto modo, al restringir las prácticas de reglamentación innecesariamente gravosas en materia de licencias y títulos de aptitud las disciplinas previstas en el párrafo 4 del artículo VI facilitan el acceso a los mercados y por ende promueven potencialmente la competencia. De hecho, habida cuenta de que la reglamentación nacional se aplicaría a los proveedores extranjeros y nacionales por igual, cualesquiera disciplinas aplicables del AGCS que surjan de estas negociaciones mejorarían efectivamente la exposición de los mercados a la libre competencia.

Más allá de la negociación de disciplinas sobre reglamentación nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo VI, que sólo se ocupa de un conjunto muy concreto de aspectos de reglamentación, está la cuestión de hasta dónde puede y debe llegar un acuerdo comercial en lo relativo a exigir la observancia de determinados principios favorables a la competencia. Esta pregunta ha tenido su respuesta más destacada en el sector de las telecomunicaciones, en el que se negoció un "Documento de Referencia" que incluía principios favorables a la competencia al que luego se adhirió un número considerable de Miembros de la OMC adjuntándolo en sus listas.

El Documento de Referencia, que establece principios de reglamentación favorables a la competencia en el sector de las telecomunicaciones, constituyó un logro importante del Acuerdo sobre Telecomunicaciones Básicas de 1997. Ha contribuido a conformar el entorno reglamentario en este sector durante el pasado decenio al elaborar una serie de principios relativos a asuntos como salvaguardias de la competencia, garantías de interconexión, procesos de concesión de licencias transparentes y la independencia de las entidades de reglamentación en un texto negociado de común acuerdo. Cada gobierno que se ha adherido a la OMC desde que se celebraron las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas ha aceptado también esas disciplinas. Además, el hecho de que las obligaciones establecidas en el Documento de Referencia sean vinculantes ayuda a impulsar el programa de reformas internas para aplicar plenamente la apertura de este sector a la competencia.

La experiencia del Documento de Referencia brinda algunas lecciones interesantes sobre lo que pudieran ser algunos de los ingredientes fundamentales necesarios para facilitar un

acuerdo sobre la observancia de determinados principios favorables a la competencia. En primer lugar, existió una visión de política compartida sobre el sector afectado y sobre el papel que la reglamentación orientada al mercado podría desempeñar para mejorar la eficiencia, así como para lograr objetivos de equidad social. Por ejemplo, los responsables de la reglamentación convinieron en la necesidad de que los gobiernos controlasen al proveedor ya instalado dominante a fin de impedirle que incurriera en prácticas anticompetitivas.

En segundo lugar, el instrumento estableció un conjunto de entendimientos comunes que eran suficientemente amplios para permitir una diversidad de reglas y prácticas, y al mismo tiempo suficientemente específicos para hacer responsables a los gobiernos de una reglamentación favorable a la competencia transparente, objetiva e imparcial. En tercer lugar, los encargados de la reglamentación del sector participaron directamente en la negociación. Este aspecto fue importante porque se requería un conocimiento profundo del funcionamiento del mercado, de las fallas del mercado que tenían que subsanarse y de la forma en que podrían resolverse adecuadamente esos problemas. En cuarto lugar, el instrumento permitía la autoselección, ya que sólo entraba en vigor mediante su incorporación a la lista de compromisos específicos de un Miembro de la OMC. Hasta el momento, 82 Miembros (contando a los Estados miembros de la UE por separado) han adjuntado el Documento de Referencia a sus listas de compromisos.

El éxito del Documento de Referencia plantea la pregunta de si podría utilizarse un documento de esa índole en otros sectores. Los más evidentes serían los que comparten una estructura de mercado similar a la de los servicios de telecomunicaciones, en el que un proveedor principal – habitualmente un antiguo monopolio – controla la infraestructura o la red necesaria para el suministro de los servicios. En una situación así, el proveedor principal puede bloquear la entrada de nuevos participantes en el mercado al restringir el acceso a la infraestructura o la red, limitar la participación en el mercado pertinente mediante su control de instalaciones esenciales o el uso de una posición dominante en el mercado. Una acción colectiva para acordar un conjunto de principios de reglamentación favorables a la competencia sería por tanto necesaria para asegurar la igualdad de condiciones. Otra característica del mercado podría ser que el suministro de los servicios requiere recursos escasos, y la forma en que se asignan esos recursos determinaría si es posible o no la participación. Sectores como la energía, algunas formas de transporte, la gestión de desechos y del agua y los servicios postales y de mensajeros suelen compartir en mayor o menor grado algunas de estas características.

Para sectores como los mencionados, un instrumento que utilice principios de reglamentación similares a los que figuran en el Documento de Referencia podría ayudar a especificar las salvaguardias necesarias para impedir que un proveedor principal se dedique a prácticas anticompetitivas. Esos principios tendrían que ser aplicados por un organismo de reglamentación separada e independiente de cualquier proveedor de servicios en el mercado. Si bien es cierto que en teoría tales instrumentos podrían negociarse fuera del contexto de un acuerdo comercial, en la práctica existen razones de economía política que hacen que resulte necesaria a menudo la acción colectiva como parte de un trato comercial (véase la sección E.1.c)).

Un rasgo interesante del Documento de Referencia es que fue negociado por un grupo de Miembros no como anexo del AGCS, sino como un conjunto de principios que serían jurídicamente vinculantes sólo para los Miembros que lo suscribieran. Esta característica bastante exclusiva del Documento de Referencia permitió que una masa crítica de Miembros elaborara un conjunto de disciplinas sin tener que llegar a un consenso. El propio documento no tenía una condición jurídica concreta, pues sólo entraría en vigor para los Miembros que lo consignaran en sus listas, lo que es posible porque de conformidad con el artículo XVIII del AGCS los Miembros pueden contraer compromisos adicionales en sus listas de compromisos específicos. Sería interesante estudiar si un enfoque de esa índole podría utilizarse en el caso de las disciplinas sobre reglamentación nacional del párrafo 4 del artículo VI.

En virtud del artículo XVIII, los Miembros de la OMC podrán negociar compromisos con respecto a medidas que afecten al comercio de servicios que no constituyan limitaciones al acceso a los mercados y al trato nacional, incluidas las que se refieran a títulos de aptitud, normas o licencias. Por consiguiente, las disciplinas sobre reglamentación nacional podrían adoptarse como un compromiso adicional.

(f) Invertir en las instituciones

(i) *Apoyo a la creación de capacidad de reglamentación para el comercio de mercancías*

Incluso antes de que se estableciera la OMC, los países reconocían que las limitaciones de capacidad a nivel de instituciones de normalización, de infraestructura técnica y de elaboración de reglamentos en general eran motivo de preocupación para los países en desarrollo, y en especial para los menos desarrollados (PMA). La "asistencia técnica" figura en el orden del día de cada una de las reuniones de los Comités MSF y OTC, cuyas deliberaciones se han centrado en facilitar la aplicación de las disposiciones sobre asistencia técnica de los respectivos Acuerdos.

El Acuerdo OTC obliga a los Miembros de la OMC a asesorar a otros Miembros (en lo referente a asuntos OTC), en particular a los países en desarrollo Miembros, y a prestar asistencia técnica a otros Miembros (en lo referente a asuntos OTC). El texto del Acuerdo indica cómo la creación de instituciones u organismos de normalización o de evaluación de la conformidad y de un marco jurídico permitiría a los países en desarrollo Miembros cumplir las obligaciones dimanantes de la condición de miembros o participantes en sistemas internacionales o regionales de evaluación de la conformidad. El Acuerdo prevé asimismo que se preste asesoramiento en lo referente a las medidas que los productores de los países en desarrollo tengan que adoptar si quieren tener acceso a los sistemas de evaluación de la conformidad aplicados por instituciones gubernamentales o no gubernamentales. Existe también una obligación de carácter más general de dar prioridad a las necesidades de los PMA.

El Acuerdo MSF contiene disposiciones análogas relativas a asistencia técnica. Según dicho Acuerdo, los Miembros de la OMC convienen en facilitar la prestación de asistencia técnica a los países en desarrollo Miembros, de forma bilateral o por conducto de las organizaciones internacionales

competentes. La asistencia podrá adoptar la forma de asesoramiento, créditos, donaciones para que esos países puedan adaptarse y atenerse a las medidas sanitarias y fitosanitarias en sus mercados de exportación. Además, cuando sean necesarias inversiones sustanciales para que los países en desarrollo cumplan las prescripciones sanitarias o fitosanitarias en los mercados de exportación, los Miembros convienen en prestar la asistencia técnica necesaria para que los países en desarrollo Miembros puedan mantener y aumentar sus oportunidades de acceso al mercado.

Asistencia técnica en el ámbito OTC

El Comité OTC supervisa la aplicación de las disposiciones del Acuerdo relativas a la asistencia técnica (que figuran en el artículo 11), y su papel consiste esencialmente en el intercambio de información. La labor del Comité OTC muestra la necesidad de crear infraestructuras duraderas, tanto de carácter normativo como físico, que puedan sentar las condiciones adecuadas para la elaboración eficiente y eficaz de reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad. En particular, la falta de infraestructura técnica (o la insuficiencia de la infraestructura existente) impide a muchos países en desarrollo Miembros acceder a los mercados. En ocasiones, puede que no sea suficiente ponerse en conformidad con las normas: también es preciso estar en condiciones de demostrar que se cumple para fomentar la confianza en la calidad y la seguridad de los productos exportados.

La infraestructura de calidad, con inclusión de laboratorios y organismos de certificación acreditados, es esencial para la competitividad de los países en desarrollo. El Comité OTC ha alentado a los Miembros de la OMC a prestar cooperación técnica en el ámbito de la evaluación de la conformidad destinada específicamente a mejorar la infraestructura técnica (por ejemplo, metrología, pruebas, certificación y acreditación).

Asistencia técnica en el ámbito MSF

En su labor de supervisión de las disposiciones sobre asistencia técnica del Acuerdo MSF (que figuran en el artículo 9), el Comité MSF facilita el intercambio de información que permite a los Miembros de la OMC determinar las necesidades de asistencia técnica que puedan tener, y/o informar de las actividades de creación de capacidad sanitaria y fitosanitaria en las que participan. Entre las necesidades más apremiantes que ha puesto de relieve la labor del Comité MSF, aparte de los requisitos de información, destaca la elaboración de leyes y marcos normativos y el fortalecimiento institucional.

La necesidad de infraestructura física, incluidos los laboratorios, si bien es importante, no representa por lo general el obstáculo más grave a una aplicación adecuada del Acuerdo MSF. A este respecto, el Comité MSF sigue alentando a los Miembros a que presten asistencia técnica específica que responda a las necesidades identificadas de los Miembros. Las deliberaciones en el Comité MSF también han puesto de manifiesto la competencia técnica y científica y la financiación disponibles en otras organizaciones internacionales, haciendo hincapié al mismo tiempo en la necesidad de mejorar la coordinación interinstitucional (véase, por ejemplo, el documento G/SPS/GEN/875).

Fondo para la Aplicación de Normas y el Fomento del Comercio

Para que el comercio sirva de motor del crecimiento y de instrumento para abordar la reducción de la pobreza, los países en desarrollo deben disponer de sistemas eficaces para controlar sus riesgos sanitarios y fitosanitarios y cumplir las normas internacionales. El control de los riesgos sanitarios y fitosanitarios redundará en beneficios de acceso a los mercados, así como en beneficios directos para los productores y los consumidores nacionales al reducir la prevalencia de plagas y enfermedades, aumentar la producción y mejorar la inocuidad de los alimentos. La mejora del cumplimiento de las normas MSF internacionales podrá también contribuir a mejorar la biodiversidad y la protección del medio ambiente. No obstante, habida cuenta de las limitaciones de capacidad, es posible que los países en desarrollo no cuenten con sistemas MSF adecuados. Para subsanar esos impedimentos, sobre todo en el sector público, se precisará un compromiso sostenido a largo plazo de financiación en los presupuestos públicos nacionales y por parte de los donantes a fin de garantizar unos niveles mínimos de capacidad, lo que finalmente tendrá efectos positivos en el acceso a los mercados, la salud de las personas y la protección del medio ambiente.

En 2002, reconociendo que las inversiones en capacidad sanitaria y fitosanitaria pueden aportar considerables beneficios, cinco organizaciones internacionales, a saber, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE), el Banco Mundial, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la OMC, establecieron conjuntamente el Fondo para la Aplicación de Normas y el Fomento del Comercio (FANFC).⁶¹ El FANFC es una asociación mundial que presta ayuda a los países en desarrollo a reforzar su capacidad para aplicar las normas, directrices y recomendaciones sanitarias y fitosanitarias internacionales, a fin de mejorar su situación en lo referente a la protección de la salud de las personas y los animales y la preservación de los vegetales, y su capacidad para poder lograr y mantener el acceso a los mercados y mantenerse en ellos. Su mandato consiste en: (i) sensibilizar a la opinión pública sobre la importancia de la creación de capacidad sanitaria y fitosanitaria, movilizar recursos, fortalecer la colaboración e identificar y divulgar buenas prácticas; y (ii) proporcionar ayuda y fondos para la formulación y la aplicación de proyectos orientados al cumplimiento de los requisitos sanitarios y fitosanitarios internacionales.

El FANFC desempeña un papel importante para facilitar el debate sobre programas e iniciativas de cooperación técnica anteriores, en curso y proyectados en materia sanitaria y fitosanitaria. Identifica temas transversales de interés para los interlocutores, los donantes y los beneficiarios y organiza consultas conjuntas a nivel mundial y regional para examinar esas cuestiones más a fondo. Entre los ejemplos de los trabajos del FANFC realizados con éxito en el pasado figuran las buenas prácticas de cooperación técnica relacionada con cuestiones sanitaria y fitosanitaria, la utilización del análisis económico para fundamentar la adopción de decisiones en el ámbito de las MSF, los riesgos sanitarios y fitosanitarios y el cambio climático, los indicadores para medir el comportamiento de los sistemas sanitarios y fitosanitarios nacionales, los mecanismos regionales y nacionales de coordinación sanitaria y fitosanitaria, y las asociaciones

entre el sector público y el privado para promover la capacidad sanitaria y fitosanitaria. La mayor sensibilización en los países en desarrollo, en particular a nivel político y decisorio, acerca de la importancia del cumplimiento de las MSF y de la necesidad de realizar nuevas inversiones en esta esfera es otro tema central de la labor del FANFC.

Dado el éxito logrado por el FANFC en la esfera de la creación de capacidad sanitaria y fitosanitaria, se han formulado algunas sugerencias de que el modelo del FANFC podría adoptarse también para abordar la aplicación de normas en la esfera de los OTC. Para que este enfoque funcionara, sería preciso que hubiera claridad, entre otras cuestiones, acerca de las normas internacionales específicas que serían pertinentes. Además, para poner en marcha y sostener una iniciativa de este tipo hacía falta una cantidad considerable de recursos. Ahora bien, las enseñanzas extraídas de la experiencia del FANFC indican que las actividades de creación de capacidad de esta índole pueden aportar beneficios económicos y sanitarios prácticos a los países de una forma eficiente.

Creación de capacidad y normas internacionales

Al carecer de capacidad de reglamentación en las esferas OTC y MSF, los países en desarrollo y los menos adelantados pueden enfrentarse a problemas especiales en lo relativo a su participación en actividades de elaboración de normas internacionales. Fomentar la participación de los países en desarrollo en esos procesos es un paso fundamental para mejorar la capacidad de esos países de utilizar y adaptar normas internacionales. Hoy día, la participación práctica de los países en desarrollo en actividades de normalización sigue constituyendo un problema. Tan solo una proporción reducida de países en desarrollo están encargados de dirigir grupos de trabajo y comités técnicos, que es donde se lleva a cabo la labor detallada. Las instituciones de normalización y las organizaciones internacionales con actividades de normalización deben redoblar sus esfuerzos por fomentar el conocimiento del proceso de normalización y fortalecer la capacidad institucional de los países en desarrollo, y en particular de los PMA.

(ii) *Apoyo a la creación de capacidad de reglamentación para el comercio de servicios*

Dada la importancia que reviste la reglamentación para el buen funcionamiento de los mercados de servicios, las deficiencias de capacidad de reglamentación podrían realmente tener un efecto negativo en la apertura del comercio. Sin las seguridades que ofrece un aparato reglamentario que pueda identificar y corregir las fallas del mercado, podría haber fuertes reticencias a emprender reformas internas y a abrir los mercados al comercio internacional. Si no existe una capacidad de reglamentación para restringir las conductas anticompetitivas o aplicar una reglamentación cautelar eficaz, se plantea un riesgo de deterioro de la apertura del mercado, ya que es posible que los beneficios se transfieran solamente de los agentes nacionales a los extranjeros sin ninguna ganancia de eficiencia perceptible. Una mayor capacidad de reglamentación también podría contribuir a fomentar un mayor apoyo a la liberalización de los mercados al ofrecer seguridades de que el logro de objetivos de equidad social formaría parte del marco normativo. La mejora de la

capacidad también facilitaría la cooperación en materia de reglamentación, ya fuese mediante la negociación de disciplinas sobre reglamentación nacional, la elaboración de normas internacionales o las iniciativas sobre armonización y reconocimiento.

Así pues, arbitrar métodos para respaldar la creación de capacidad de reglamentación de forma que complemente la reforma y la elaboración de las políticas en materia de servicios es un desafío importante en el futuro. La OECD y el APEC han instaurado varios procesos para reunir a los funcionarios comerciales y los organismos de reglamentación. El Banco Mundial ha puesto en marcha una plataforma de conocimiento sobre servicios con la finalidad de establecer un foro de intercambio de conocimientos sobre experiencias de reglamentación y sus efectos, lo que incluiría información sobre los factores de éxito de los esfuerzos encaminados a ampliar el comercio de servicios y las políticas complementarias que pueden aplicarse para subsanar las fallas del mercado y las preocupaciones sobre las consecuencias distributivas. Un foro amplio como éste, aunque se centre en la cooperación internacional en la esfera de la reglamentación de los servicios, podría contribuir en gran medida a fomentar el comercio y el desarrollo.

En síntesis, ocuparse de los problemas de reglamentación en el comercio de servicios exige que se tomen otras medidas además de restringir las prácticas normativas opacas o indebidamente restrictivas. El desafío que plantea la reglamentación de los servicios para la apertura del comercio no debe considerarse únicamente en términos de reducción de la reglamentación, sino más bien en términos de lograr una mejor reglamentación – es decir, una reglamentación que permita lograr más eficazmente objetivos de política pública con la mínima distorsión del comercio. La labor encaminada a que los países puedan obtener esos resultados se encuentra todavía en un estado incipiente.

La comunidad de desarrollo podría prestar asistencia a dos reformas prioritarias en el marco de la iniciativa de "Ayuda para el Comercio". La primera consistiría en respaldar la creación de capacidad de reglamentación a fin de fortalecer la capacidad de las instituciones de reglamentación para identificar, elaborar y aplicar políticas que subsanen las fallas del mercado y llevar a cabo evaluaciones del impacto de la reglamentación. La segunda sería fomentar la cooperación internacional para hacer frente a los efectos de la reglamentación en terceros e intercambiar conocimientos sobre buenas prácticas. Esa labor no tiene que estar vinculada a las negociaciones comerciales, pero podría contribuir en gran medida a mejorar el clima en favor de la apertura del comercio de servicios. La OMC no cuenta con una ventaja comparativa concreta en asuntos de reglamentación, pero podría actuar en calidad de coordinador, como ya lo hace en el caso de otras muchas iniciativas relacionadas con la oferta, a fin de crear capacidad comercial.

5. Conclusiones

La presente sección tiene tres partes sustantivas que versan sobre la teoría, la práctica y los desafíos de la cooperación en materia de medidas no arancelarias. En la sección E.1 se presenta un marco teórico para entender el fundamento de la cooperación en materia de MNA en los acuerdos comerciales. Se indica que ese fundamento guarda relación

con la sustitución de políticas, así como con la ordenación de la producción internacional, la mejora de la transparencia, la limitación de los efectos de las MNA en la competencia y la utilización eficiente de las normas privadas. La solución del primer problema pasa por una integración superficial, pero las otras preocupaciones exigen a menudo formas de integración profunda.

En las secciones E.2 y E.3 se analiza la manera en que el sistema multilateral de comercio aborda las medidas no arancelarias. La observación de la práctica en las esferas de las MSF, los OTC y los servicios pone de relieve el modo en que se procura resolver los problemas señalados en la sección E.1 mediante la cooperación actual en la OMC. En particular, la búsqueda de una política eficiente se ve impulsada por el diálogo normativo a nivel multilateral (por ejemplo, mediante los trabajos de los comités en la esfera de las mercancías y mediante negociaciones en el ámbito de los servicios) y regional; por la elaboración y adopción de buenas prácticas de reglamentación; y mediante la elaboración y aplicación de normas internacionales. La sección E.3 se centra en la forma en que el marco jurídico de la OMC y su sistema de solución de diferencias han tratado los asuntos relativos a la utilización de MNA. Concretamente, se exponen los principales medios por los que las disciplinas de la OMC abordan el problema de distinguir las MNA legítimas de las medidas diseñadas con fines proteccionistas, así como la interpretación que se ha dado a esas disposiciones en diferencias concretas.

En la sección E.4 se ofrece una opinión especulativa (y no necesariamente exhaustiva) de lo que espera a la OMC en el ámbito de las medidas no arancelarias. Aunque el sistema multilateral de comercio ha elaborado varios medios de promover la integración profunda, sigue habiendo retos y oportunidades, entre otros los siguientes: (i) retos para el justo equilibrio entre los compromisos internacionales y la flexibilidad interna para establecer MNA y mejorar la transparencia, especialmente frente a los cambios económicos, sociales y ambientales; (ii) oportunidades para mejorar el mecanismo de solución de diferencias de la OMC mediante una mejor integración del análisis económico y jurídico en la determinación de la legitimidad de las MNA; (iii) mejoras en el proceso actual de elaboración de normas para adaptar el sistema de comercio a un mundo en rápida evolución en ámbitos como las normas privadas y la reglamentación nacional en la esfera de los servicios; (iv) la mejora de la cooperación mundial en materia de MNA, que difícilmente puede lograrse sin que se adopten medidas de gran calado para reforzar la capacidad de reglamentación de los países en desarrollo mediante acciones concretas.

Notas finales

- 1 Sin embargo, conviene señalar una característica fundamental del enfoque de los acuerdos comerciales basado en el compromiso: a diferencia de la teoría de la relación de intercambio, que ofrece razones robustas para esperar que los acuerdos comerciales liberalicen el comercio, en la teoría del compromiso no hay ninguna presunción, en un sentido o en otro, acerca de si los acuerdos comerciales deberían aumentar o disminuir el comercio.
- 2 Los acuerdos internacionales suelen incluir disposiciones que pueden aplicarse a casos futuros sin referencia a casos específicos. Como esas disposiciones son de carácter general, deberían interpretarse para ser aplicables a nuevos casos particulares. En la literatura económica, esta indeterminación *ex ante* se denomina "contrato incompleto".
- 3 El Centro de Comercio Internacional ha elaborado un "Mapa de normas" que contiene información sobre 74 sistemas de normas privadas operativas en más de 160 países que abarcan más de 40 sectores económicos y grupos de productos. Se refieren principalmente a la agricultura (orgánica), los textiles y las flores, que son especialmente importantes para los países en desarrollo. Entre los ejemplos cabe citar la información sobre la distribución geográfica actual y potencial de las normas privadas como Fairtrade, el Forest Stewardship Council y la Carbon Trust Foot Printing Label. Este portal basado en la Web permite que los usuarios seleccionen normas sobre la base de criterios como la cobertura, los requisitos económicos y/o de calidad y el tipo de proceso de certificación. Aunque no es una base de datos exhaustiva, proporciona información útil. Se puede consultar en: www.standardstmap.org.
- 4 Desde 1992 han surgido varios otros sistemas de normas voluntarias en los países desarrollados y en desarrollo. Aunque algunos son iniciativas privadas, otros son administrados por los gobiernos. Entre los ejemplos de sistemas gubernamentales están el Sistema de ordenación sostenible de los bosques en el Canadá, CERFLOR en el Brasil, la norma LEI en Indonesia, el Consejo de Certificación de la Madera de Malasia y el Sistema de explotación forestal sostenible y el Sistema Estadounidense de Arboricultura en los Estados Unidos.
- 5 Se puede obtener más información en: www.fsc.org.
- 6 Auld *et al.* (2008); FSC y PEFC, información en línea.
- 7 La ISO está trabajando en un proyecto (ISO 14067) cuyo objeto es elaborar una norma internacional sobre la cuantificación y la comunicación de las emisiones de gases de efecto invernadero de las mercancías y los servicios. Además, el Instituto de Recursos Mundiales y el Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible están trabajando en dos nuevas normas para la contabilidad y la comunicación de los gases de efecto invernadero de los productos y la cadena de suministro.
- 8 Ley N° 2010-788: Compromiso nacional para el medio ambiente.
- 9 El análisis relativo a las normas de calidad y las etiquetas se basa en el *Informe sobre el Comercio Mundial 2005* (Organización Mundial del Comercio (OMC), 2005b), en que se hace un análisis detallado y exhaustivo de la cooperación mundial en materia de normas y de reglamentación.

- 10 Además de los artículos aquí enumerados, en el artículo XVII del AGCS los Miembros se comprometen mediante negociaciones, de acuerdo con las modalidades consignadas en sus listas, a otorgar un trato nacional a los servicios y a los proveedores de servicios extranjeros. En este caso, se trata el trato nacional como un acceso a los mercados negociado y no como un principio general de conducta, como se hace en el artículo III del GATT y en otros artículos enumerados.
- 11 El uso del término "discriminación" varía a veces de una disciplina a otra. Para los economistas, toda política que trata de manera diferente los productos es discriminatoria, independientemente de la legitimidad de la medida. Para los juristas, por otra parte, el término discriminación suele tener una connotación normativa y se limita a las situaciones en que una política trata en forma diferente los productos de manera incompatible con las normas de la OMC. En este análisis se usa la palabra "discriminación" en su sentido económico.
- 12 Una cuestión jurídica distinta es saber si estos tipos de preocupaciones pueden abordarse en el contexto de excepciones, como las contenidas en el artículo XX del GATT.
- 13 El APEC ha examinado, en particular, la aplicación del Acuerdo OTC y las buenas prácticas de reglamentación. El Subcomité sobre Normas y Conformidad del Comité de Comercio e Inversiones del APEC ha elaborado un documento que establece los principios que han de regir las buenas prácticas de reglamentación para mejorar el cumplimiento de las obligaciones sustantivas dimanantes del Acuerdo de la OMC sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. Este estudio, titulado "*Supporting the TBT Agreement with Good Regulatory Practice: Implementation Options for APEC Members*" ("Apoyar el Acuerdo OTC con buenas prácticas de reglamentación: Opciones de los Miembros del APEC para la aplicación"), se basa en el reconocimiento por parte del Comité OTC de la OMC de que las buenas prácticas de reglamentación pueden ser una contribución importante a la aplicación efectiva del Acuerdo OTC y a la reducción de los obstáculos técnicos al comercio innecesarios (G/TBT/W/350, 16 de marzo de 2012). La Secretaría de la OMC ha publicado un "Compendio de fuentes sobre buenas prácticas de reglamentación", G/TBT/W/341, 13 de septiembre de 2011.
- 14 G/TBT/26.
- 15 G/TBT/W/340.
- 16 Taller sobre cooperación en materia de reglamentación en la esfera de los OTC, 8-9 de noviembre de 2011. Véase: http://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/wkshop_nov11_e.zip.
- 17 RAPEX (Sistema de alerta rápida para productos no alimentarios) es un sistema de alerta rápida de la UE para todos los productos de consumo, productos farmacéuticos y dispositivos médicos peligrosos que permite un rápido intercambio de información entre los Estados miembros de la UE sobre las medidas adoptadas para prevenir la comercialización o utilización de productos que suponen un grave riesgo para la salud o la seguridad de los consumidores.
- 18 G/TBT/W/340.
- 19 Informe del Presidente del Comité OTC sobre el Taller sobre cooperación en materia de reglamentación en la esfera de los OTC: http://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/docs_wkshop_nov11_e/chair_report_e.pdf.
- 20 Véase: Acuerdo de Reconocimiento Mutuo del Equipo Eléctrico y Electrónico del APEC, www.apec.org/.
- 21 La Comisión FAO/OMS del Codex Alimentarius (Codex), la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF) de la FAO y la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE).
- 22 Blind (2004); German Institute for Standardization (DIN) (2000); UK Department of Trade and Industry (DTI) (2005).
- 23 Párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC y párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo MSF.
- 24 En el Acuerdo MSF se mencionan las siguientes organizaciones internacionales con actividades de normalización: la Comisión FAO/OMS del Codex Alimentarius (Codex), la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF) de la FAO y la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE). En el Acuerdo OTC se ofrecen las definiciones de "norma" (Anexo 1, párrafo 2) y de "institución o sistema internacional" (Anexo 1, párrafo 4), pero no se menciona ninguna institución internacional con actividades de normalización en particular.
- 25 En la esfera de la evaluación de la conformidad, a menudo se señala la importancia de la "infraestructura en materia de calidad", que se vincula a la competitividad. Esta infraestructura incluye, por ejemplo, laboratorios adecuados y organismos de certificación acreditados. El Comité OTC ha alentado a los Miembros a prestar cooperación técnica en la esfera de la evaluación de la conformidad, con el objetivo específico de mejorar la infraestructura técnica, por ejemplo en materia de metrología, ensayo, certificación y acreditación. (Esta cuestión se examina también en la sección E.4.f.).
- 26 Por acreditación se entiende la "valoración independiente de los organismos de evaluación de la conformidad con arreglo a normas reconocidas para velar por su imparcialidad y competencia para realizar actividades específicas, como ensayos, calibraciones, inspecciones y certificaciones." (G/TBT/GEN/117; se puede obtener más información en www.ilac.org and www.iaf.nu).
- 27 G/TBT/W/349, de fecha 13 de marzo de 2012.
- 28 Véanse las comunicaciones de los Miembros para el documento G/TBT/26.
- 29 Por zoonosis se entiende cualquier enfermedad o infección que se transmite naturalmente de los animales vertebrados a las personas (World Health Organization (WHO), 2012).
- 30 Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1º de enero de 1995, G/TBT/1/Rev.10 (9 de junio de 2011); Procedimiento recomendado para la aplicación de las obligaciones en materia de transparencia establecidas en el Acuerdo MSF, G/SPS/7/Rev.3 (20 de junio de 2008).
- 31 Sistema de gestión de la información MSF, <http://spsims.wto.org/>; Sistema de gestión de la información OTC, <http://tbtims.wto.org/>.
- 32 También están comprendidas en esta categoría las medidas incompatibles con el trato NMF, que son las más severamente sancionadas por el AGCS. De hecho, si se excluyen las excepciones, la obligación relativa al trato NMF se aplica incondicionalmente a todos los servicios abarcados por el Acuerdo.
- 33 En Delimatsis (2008) y Krajewski (2008) puede encontrarse un análisis del establecimiento de una prueba de necesidad como la prevista en los Acuerdos OTC y MSF.

- 34 El artículo VII del AGCS permite las medidas en materia de reconocimiento siempre que existan las disposiciones apropiadas para que los demás Miembros puedan negociar la adhesión y/o lograr el reconocimiento de sus prescripciones y certificados, y que las medidas no constituyan un medio de discriminación o una restricción encubierta al comercio.
- 35 El informe del Grupo Especial que examinó el asunto *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* se cita también como ejemplo de una situación en la que el trato diferente dado a los productos importados y nacionales no se consideró suficiente para constatar una infracción de la obligación de no discriminación establecida en el artículo III. En ese asunto, el Grupo Especial manifestó que no era evidente que el trato menos favorable se debiera al origen extranjero antes que a las diferencias observadas en cuanto a la inocuidad de los productos. (Véase el informe del Grupo Especial, *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafos 7.2509 y 7.2516; Marceau y Trachtman (2009)).
- 36 En el asunto *CE – Amianto*, el Órgano de Apelación constató que las preocupaciones y consideraciones en materia de reglamentación pueden desempeñar un papel en la aplicación de determinados criterios de "similitud" (es decir, las características físicas y las preferencias de los consumidores) y, por lo tanto, en la determinación de la similitud de conformidad con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.
- 37 Según el párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo OTC "todos los productos, comprendidos los industriales y los agropecuarios, quedarán sometidos a las disposiciones del presente Acuerdo". En cambio, el Acuerdo MSF tiene un alcance mucho más limitado, por lo que la designación de instituciones puede ser más apropiada en ese contexto.
- 38 Los principios que establece son los siguientes: 1) transparencia; 2) apertura; 3) imparcialidad y consenso; 4) eficacia y pertinencia; 5) coherencia; y 6) desarrollo. Los principios se exponen en su integridad en el documento G/TBT/1/Rev.10 (anexo B), de 9 de junio de 2011, página 50.
- 39 El Comité MSF estableció el grupo de trabajo *ad hoc* en octubre de 2008. Los Miembros del grupo de trabajo *ad hoc* sobre normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias son: Argentina, Australia, Belice, Brasil, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Egipto, Estados Unidos, Guatemala, Japón, México, Mozambique, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Pakistán, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Sudáfrica, Tailandia, Taipei Chino, Unión Europea, Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela.
- 40 Otras actividades que se llevan a cabo en los Comités entre la distribución de las notificaciones y la presentación de una preocupación comercial específica pueden contribuir a la transparencia.
- 41 Sirva de ilustración el ejemplo de las prescripciones de notificación del artículo 25 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, que invita a los Miembros a notificar medidas de otros Miembros cuyos efectos sean los de una subvención que no han sido notificadas. Pese a la obligación de los Miembros que consideren que en su territorio no existen medidas que deban notificarse de informar de ello por escrito a la Secretaría, sólo 78 países presentaron una notificación en 2009.
- 42 Véase, por ejemplo, el párrafo 10 del artículo 25 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.
- Obsérvese que los Miembros también tienen la posibilidad de formular preguntas acerca de las notificaciones de otros Miembros, por ejemplo, si consideran que son incompletas.
- 43 Seis años o más para todos los países, salvo los 20 principales comerciantes.
- 44 Véase el documento WT/L/848 de la OMC.
- 45 Parte de la respuesta a esas preguntas depende obviamente de la cantidad de recursos que se pueda asignar al ejercicio de vigilancia.
- 46 El Comité del Comercio de Servicios también brinda a los Miembros la posibilidad de intercambiar información sobre experiencias y regímenes nacionales.
- 47 El nuevo portal permitirá, por ejemplo, que los usuarios accedan a toda la información sobre comercio, aranceles y MNA relacionados con una línea arancelaria determinada en una sola consulta. Toda esa información estaba almacenada anteriormente en distintos depósitos a los que se debía acceder por separado, en el supuesto de que pudieran consultarse en línea.
- 48 La decisión del Comité de Acceso a los Mercados sobre un "Marco para mejorar el cumplimiento de las prescripciones de notificación a la BID" [documento G/MA/239, de 4 de septiembre de 2009] facilita que la Secretaría ayude a los Miembros a presentar sus notificaciones sobre comercio y aranceles al permitir la utilización de otras fuentes oficiales pertinentes.
- 49 Los críticos de la "integración profunda" ponen en tela de juicio la capacidad de las organizaciones internacionales para formular estas determinaciones. Por ejemplo, Rodrik (2011) sostiene que la determinación de la legitimidad o ilegitimidad de las medidas comerciales debe emanar de deliberaciones informadas a nivel nacional, con inclusión de los importadores y los exportadores, a fin de equilibrar los intereses competidores de forma transparente.
- 50 Cabe tener presente que es muy posible que la medida más eficiente sea una medida discriminatoria si el origen de la externalidad está en el extranjero. También depende de que un gobierno tenga en cuenta solamente el bienestar nacional o también los intereses extranjeros. Estos últimos revestirían particular importancia en los casos en que se trate de externalidades transfronterizas. Como se menciona en la sección E.1, si varios países tienen intereses en común, la cooperación puede garantizar que se maximice el bienestar general.
- 51 Por ejemplo, Swinnen y Vandemoortele (2009) y Marette y Beghin (2010) sostienen que muchas normas públicas, por ejemplo, las relativas a los organismos genéticamente modificados, se introducen como consecuencia de exigencias de los consumidores, aunque sus efectos de restricción del comercio benefician también a algunos productores locales. Sin embargo, puede que no sea tarea fácil realizar incluso una evaluación de esa índole. Falvey y Berti (2009) presentan un marco teórico conciso que ilustra las dificultades que supone separar los intereses de los consumidores y los productores al determinar el nivel adecuado de reglamentación mínima de la calidad que se ocupe de las asimetrías de información que sufren los consumidores. Carpenter (2004) formula un modelo en el que las nuevas prescripciones sobre los productos parecen conferir una ventaja comercial a las empresas establecidas incluso si el organismo de reglamentación estaba motivado únicamente por preocupaciones de reputación y por un interés en atender a los consumidores.
- 52 Véase en particular también el recuadro B.4.

- 53 Aunque se suele creer que la protección debería aumentar con el coeficiente de penetración de las importaciones, este último resultado refleja la idea de sectores "sensibles". Una serie de textos, como Goldberg y Maggi (1999) y Gawande y Bandyopadhyay (2000), han logrado medir esas variables y confirmar empíricamente las conclusiones. Los últimos autores también ponen de relieve que estos tres factores (penetración de las importaciones, elasticidad de las importaciones y el hecho de que las ramas de producción estén organizadas políticamente o no) contribuyen considerablemente a explicar la pauta de protección y reducen la necesidad de analizar un conjunto más amplio de factores, como la composición de aptitudes de los empleados, los ingresos medios, las cuotas de mano de obra y la concentración geográfica, que se han empleado en las obras empíricas, sin que se deriven de teorías muy cohesionadas.
- 54 Fischer y Serra (2000) recalcan la importancia de analizar también las características de las empresas y los mercados extranjeros para poder comprender los incentivos de las empresas nacionales de presionar a favor de medidas proteccionistas y obtener una indicación de las ramas de producción que se enfrentan a una mayor presión de protección que otras. Un factor importante, por ejemplo, es la disponibilidad y el tamaño de mercados alternativos para los competidores extranjeros y el costo fijo vinculado con la producción en el marco de múltiples reglamentos sobre productos. En una prolongación de este enfoque, Marett y Beghin (2010) ponen de relieve una vez más la importancia de tener en cuenta la heterogeneidad de las empresas y las condiciones del mercado internacional. Los autores demuestran que un requisito más estricto sobre el producto comparado con una norma internacional tal vez no dé siempre lugar a proteccionismo, sino que incluso puede ser "antiproteccionista" si los productores extranjeros son más eficientes que los productores nacionales para subsanar la externalidad conexas.
- 55 En 2000, el Comité OTC acordó seis principios y procedimientos que deben observarse durante la elaboración de normas, guías y recomendaciones internacionales para la preparación de reglamentos técnicos, procedimientos de evaluación de la conformidad y normas. Esta Decisión del Comité ha sido tema de debate recientemente en el Comité y en el contexto del AMNA (G/TBT/1/Rev.10 (anexo B), 9 de junio de 2011, página 50).
- 56 Por ejemplo, FSC, MSC, etiquetado de la huella de carbono o asociaciones comerciales sectoriales (Florverde para las flores, BCI para el algodón, o, en el sector alimentario, la Global Food Safety Initiative (GFSI)). Véanse los ejemplos examinados en el recuadro E.2.
- 57 El Acuerdo OTC define una institución no gubernamental de la forma siguiente: "Institución que no sea del gobierno central ni institución pública local, con inclusión de cualquier institución no gubernamental legalmente habilitada para hacer respetar un reglamento técnico" (Acuerdo OTC, Anexo 1, párrafo 8). En el Acuerdo MSF se utiliza el término "entidad no gubernamental", pero no se define.
- 58 Acuerdo MSF, artículo 13 (Aplicación).
- 59 Acuerdo OTC, en particular el párrafo 1 del artículo 4; el párrafo 1 de los artículos 3 y 8 y el párrafo 2 del artículo 9 también son pertinentes.
- 60 Por ejemplo, los Miembros se han remitido frecuentemente a la ISO y a la CEI en el contexto de los OTC; esas dos instituciones tienen un carácter no gubernamental.
- 61 Puede consultarse más información sobre el FANFC en: <http://www.standardsfacility.org/sp/index.htm>.